‘ABD AL-WAHHÂB KHALLÂF

عِلْمُ أُصُولِ الفِقْهِ

LES FONDEMENTS DU DROIT MUSULMAN

‘ILM OUSOÛL AL-FIQH

Préfacé par

Abdel-Magid TURKI

AL QALAM
القلم
EDITIONS

LES FONDEMENTS DU DROIT MUSULMAN

'ILM OUṢOÛL AL-FIQH

‘ABD AL-WAHHÂB KHALLÂF

LES FONDEMENTS DU DROIT MUSULMAN

‘ILM OUṢOÛL AL-FIQH

Traduit de l’arabe par

Claude DABBAK, Asmaa GODIN
et Mehrezia LABIDI MAIZA

Préfacé par

Abdel-Magid TURKI

Editions Al Qalam
220, rue Saint Jacques
75005 Paris
Tél : 01 44 27 07 06 - Fax : 01 43 29 66 29
E-mail : alqalameditions@free.fr

ISBN : 978-2-909469-20-1
© AL QALAM, PARIS, 1997
© AL QALAM, PARIS, 2008
220, rue Saint Jacques 75005 Paris
Tel.: 01 44 27 07 06 - Fax.: 01 43 29 66 29
e-mail : alqalameditions@free.fr

Tous droits de traduction, d'adaptation et de reproduction par tous procédés, réservés pour tous pays.

La loi du 11 mars 1957 n'autorisant, aux termes des alinéas 2 et 3 de l'article 41, d'une part, que les « copies ou reproductions strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective » et, d'autre part, que les analyses et les courtes citations dans un but d'exemple et d'illustration, « toute représentation ou reproduction intégrale ou partielle, faite sans le consentement de l'auteur ou de ses ayants droit ou ayants cause, est illicite » (alinéa 1er de l'article-40). Cette représentation ou reproduction, par quelque procédé que ce soit, constituerait donc une contrefaçon sanctionnée par les articles 425 et suivants du Code pénal.

PRÉFACE

Dans une communication au Vème Congrès International d'Etudes Arabes et Islamiques, à Bruxelles en 1970, Robert Brunschvig, islamologue universellement reconnu, décédé en 1990, soulignait l'intérêt, trop souvent méconnu, de cette branche de la théorie juridico-religieuse qui se nomme *ouṣoûl al-fiqh*. Il faisait remarquer que les historiens modernes du droit musulman étaient bien loin d'avoir reconnu la place et le rôle qui lui reviennent dans la réalité. Il mettait en garde contre le risque de « fausser gravement l'image d'un passé culturel prestigieux », si on persistait dans cette voie à l'égard d'une science que les artisans eux-mêmes « considéraient comme le couronnement de leurs recherches spéculatives et de leur enseignement ».

Inutile de dire qu'un quart de siècle après, la situation n'a pas fondamentalement évolué, malgré quelques essais méritoires paraissant ici ou là et de temps à autre, mais sans bouleverser la nature des faits. C'est pour cette raison que nous est apparue, comme une manière de relancer cet intérêt, la traduction que j'ai le plaisir de présenter aux lecteurs de langue française.

Certes l'ouvrage, dans sa version arabe originale, est ancien, puisque sa première édition date de 1942. Certainement que sa méthode de composition et d'exposition est traditionnelle, reflétant la formation azharite du chaykh Khallâf, du début de notre siècle. Mais les qualités pédagogiques inconstestables de l'ouvrage — j'allais dire du manuel — faites de rigueur, de clarté et de concision dans l'expression, qualités que l'on doit à l'ancien professeur de la Faculté de droit de l'Université du Caire, feront espérer à cette traduction une large diffusion auprès des collègues et des étudiants, mais également près d'un grand public cultivé et curieux des choses de l'Islam. Ce qui

constitue une contribution d'importance dans la réalisation du but toujours recherché.

La traduction que l'on doit à trois spécialistes, arabisants et islamologues, porte bien la marque de leur qualification. Elle est précise au point de paraître coller — autant que faire se peut — au texte arabe ; mais elle est aussi fluide, limpide et élégante au point de faire oublier qu'il s'agit d'une traduction. Ce qui est un atout supplémentaire plaidant pour une large diffusion. La transcription des termes et expressions arabes, choisie est sûre et restitue les particularités de la graphie arabe, sans pour autant tomber dans la lourdeur de la complexité phonétique.

Faut-il rappeler qu'avec les *ouṣoûl al-fiqh* nous détenons une science typiquement islamique ? Les spécialitstes qui se sont souciés de lui trouver une sœur jumelle dans d'autres cultures, en sont restés au stade de l'étude comparatiste qui leur fait pressentir une certaine ressemblance entre tel ou tel de ses éléments — en l'occurence l'*ijmâ'* et le *qiyâs* — avec tel ou tel correspondant du droit byzantin ou hébraïque.

Ce qui ne manque pas de susciter quelques difficultés de traduction au niveau des concepts et surtout des termes techniques. On peut toujours solliciter la terminologie juridique ou logique ; mais on est souvent sollicité par un travail de recherche pour dénicher, à défaut du terme identique, celui qui s'en rapproche le plus. Parfois, on est réduit à accoler au terme choisi la transcription du terme arabe ; ainsi pour les *ouṣoûl al-fiqh*, les traducteurs ont opté pour « les fondements du droit musulman », comme ils auraient pu incliner vers « les sources du droit musulman » ou « islamique », mieux encore à notre sens, « la méthodologie juridique musulmane ».

C'est qu'il s'agit d'une science qui s'attache à mettre à la disposition du juriste compétent (*moujtahid*) tout un arsenal d'outils lexicologiques, philosophiques et logiques de nature à l'aider à extraire les jugements de Dieu (*aḥkâm*), soit directement du Coran ou de la Tradition, soit indirectement par le recours à la pratique musulmane, légalisée par l'unanimité de ses savants, ou l'exercice d'une sorte de raisonnement par analogie grâce auquel on rattache un cas nouveau à un autre déjà réglementé par l'un des trois éléments de référence précédents.

Paris, mai 1997

Abdel-Magid Turki, Directeur de recherche au CNRS

PRÉFACE DE Mohammad Aboû Zahra

Loué soit Dieu, Seigneur des Mondes, qui dit dans le Livre Saint :

> « *Béni soit Celui qui détient la Royauté et qui est puissant sur toute chose, Celui qui a créé la mort et la vie pour vous éprouver et connaître ainsi celui d'entre vous qui agit le mieux. — Il est le Tout-Puissant, Il est Celui qui pardonne.* »
>
> (Coran, S.67/V.1-2)

Que la bénédiction et le salut soient sur notre Prophète Mohammad, envoyé par Dieu, dans Sa miséricorde envers l'univers, pour apporter la Loi parfaite de l'Islam, ainsi que sur sa famille et sur ses Compagnons.

Nous présentons ici la première réédition de cet ouvrage, "La science de *ousoûl al-fiqh* : les fondements du droit musulman", de l'éminent professeur qu'était le regretté cheikh 'Abd al-Wahhâb Khallâf, depuis le décès de son auteur (que Dieu lui fasse miséricorde). La tradition authentique rapporte que le Prophète (ﷺ) a dit : « Lorsqu'un enfant d'Adam meurt, ses œuvres prennent fin, à trois exceptions : une aumône permanente, une science utile et un enfant vertueux qui invoque Dieu pour lui. » Or, ce livre, que nous présentons à ses élèves, représente indiscutablement une science utile, apportant à son auteur une récompense qui ne cessera de croître jusqu'au Jour dernier.

J'avais moi-même décidé d'écrire à l'intention des étudiants de notre faculté un ouvrage sur les fondements du droit conforme à l'approche que j'ai choisie, mais à peine avais-je commencé à écrire,

que l'idée me vint d'abandonner mon projet pour rééditer l'ouvrage de notre regretté Professeur Khallâf. L'idée ne me quittant plus, j'en fis part à mes chers amis le Professeur 'Abd al-Fattâḥ al-Qâḍî et le Professeur 'Alî al-Khafîf, et nous convinrent ensemble de rééditer l'ouvrage pour honorer la mémoire du défunt.

Nous avons donc le plaisir de présenter cette édition commémorative aux élèves du cher défunt et à tous ceux qui appréciaient sa science. Nous avons également souhaité tous les trois que cette nouvelle édition soit fidèle à la pensée de l'auteur, afin que l'hommage soit complet. Nous n'avons donc rien ajouté, rien supprimé ni rien modifié à l'ouvrage, souhaitant que le lecteur ait sous les yeux l'œuvre même de l'auteur, comme lors des précédentes éditions. Nous nous sommes contentés de corriger les erreurs d'impression qui avaient pu s'y glisser.

Le Professeur, qui a été notre collègue et ami pendant plus de vingt ans, a laissé pour nous un grand vide : il en est ainsi de tous les hommes de science ayant une pensée indépendante et une démarche scientifique qui leur est propre.

Que Dieu le comble de Sa miséricorde et le récompense pour sa science et son haut caractère.

8 *safar* 1376 H. - 13 septembre 1956
Moḥammad Aboû Zahra

PRÉFACE DE L'AUTEUR

Loué soit Dieu qui nous a guidés vers ceci, et sans lequel nous n'aurions certes pu être guidés.

Que la bénédiction et le salut soient sur le messager de Dieu Mohammad ibn 'Abdallah, envoyé par Dieu pour apporter une Loi sage, pure et harmonieuse, dont le principe est d'alléger les difficultés des hommes et de leur épargner toute gêne, et dont l'objectif est de servir les intérêts des hommes et la justice ; que la bénédiction et le salut soient aussi sur sa famille et ses Compagnons, gardiens de la Loi et guides de la Communauté après lui, qui ont perpétué la lumière de son message et y ont appelé les hommes.

Les grands imams spécialistes de l'*ijtihâd* ont déployé toute leur énergie intellectuelle pour dégager les prescriptions de la Loi islamique de ses sources, tirant des Textes, de l'esprit et du sens de la charia des trésors législatifs inestimables. Ils ont su ainsi garantir les intérêts des Musulmans dans toute la diversité de leurs origines ethniques ou géographiques, de leurs institutions et de leurs usages, sans négliger aucun de leurs besoins, et en légiférant même sur des questions qui ne s'étaient pas présentées ou sur des cas individuels. Les encyclopédies de la jurisprudence musulmane attestent l'immensité des efforts qu'ils ont déployés et le succès qui les a couronnés.

Ils ne se sont pas contentés de dégager les prescriptions des Textes et de promulguer des lois, mais se sont efforcés également de formuler des règles gouvernant l'extraction et la déduction des prescriptions : c'est avec cet ensemble de règles qu'ils ont fondé la science des fondements du Droit (*ousoûl al-fiqh*). Ils semblent ainsi, que Dieu leur fasse miséricorde, avoir voulu inciter les générations qui allaient leur succéder à ne pas s'enfermer dans leurs interprétations, mais à

pratiquer à leur tour l'*ijtihâd* comme eux-mêmes l'avaient fait, renouvelant ainsi leur œuvre. En effet, de nouveaux cas surviennent, les intérêts changent, et les sources de la charia demeurent une fontaine intarissable où chacun peut venir puiser : Dieu accorde Sa grâce à qui Il veut.

La science des fondements du Droit musulman (*ouṣoûl al-fiqh*) est indispensable à tout *moujtahid* pour expliquer les Textes et interpréter les cas non mentionnés dans les Textes, à tout juge pour saisir pleinement le sens des articles de la Loi et les appliquer conformément à la justice et aux intentions du Législateur, et à tout juriste pour étudier, analyser, comparer et évaluer les doctrines et les idées.

J'ai souhaité, dans cet ouvrage sur les fondements du Droit musulman, faire revivre cette science et faire connaître ses recherches. J'ai recherché avant tout, sur le plan de l'expression, la clarté et la concision ; et sur le plan du contenu, je me suis limité aux sujets dont la connaissance est nécessaire pour dégager les prescriptions de la charia de ses sources et pour comprendre les articles des lois. Je me suis efforcé en outre d'illustrer les règles juridiques au moyen des Textes de la charia et des articles des lois positives, suggérant, dans de nombreux cas, une comparaison entre les principes de la législation islamique et ceux de la législation positive. L'ouvrage se compose d'une introduction et de quatre parties.

Dans l'introduction, j'esquisse une comparaison générale entre la science du Droit musulman et celle des fondements du Droit musulman, à partir de leur définition respective et de l'exposé de leur objet, de leur finalité, de leur élaboration et de leur développement, et ce, afin que l'on aborde l'étude de la science des fondements du Droit musulman en comprenant pleinement en quoi elle consiste.

Dans la première partie, j'étudie les indications permettant de dégager les prescriptions de la charia. J'y expose l'ampleur des sources législatives de la Loi islamique, leur souplesse, leur fécondité, et leur validité comme sources de législation pour toute époque et toute nation.

La seconde partie est consacrée aux quatre questions relatives aux prescriptions divines, et met en évidence, à travers l'exposition des différentes sortes de prescriptions existant dans la Loi islamique, la justice et la miséricorde de Dieu qui épargne aux êtres humains toute gêne et toute difficulté dans l'application de la Loi.

La troisième partie porte sur les règles juridiques à caractère

linguistique qui doivent être appliquées afin de dégager les prescriptions des Textes. Cette partie de notre étude fait apparaître l'extrême précision sémantique de la langue arabe, ainsi que l'habileté avec laquelle les juristes musulmans ont su faire parler les Textes pour en extraire les prescriptions, élucider leurs difficultés, les expliquer et les interpréter.

La quatrième partie, quant à elle, concerne les règles juridiques à caractère législatif qui doivent être appliquées afin de dégager les prescriptions des Textes, et de les déduire pour les cas non mentionnés par les Textes, ce qui constitue le cœur même de cette science. L'objectif général du Législateur dans l'élaboration des prescriptions, et la mansuétude avec laquelle Dieu veille aux intérêts de Ses serviteurs, apparaissent là pleinement.

Loué soit Dieu qui a guidé et soutenu mes efforts pour réaliser un ouvrage, atténuant les difficultés et facilitant la compréhension de cette science, et m'a permis d'en rassembler les divers points afin de formuler des règles générales, d'en illustrer l'application pratique par des exemples tirés des textes de la charia et de ceux du droit positif, et de comparer un grand nombre de questions à leurs équivalents dans la théorie du droit positif.

J'implore Dieu d'agréer l'effort que représente ce livre, un effort accompli dans la seule recherche de Sa satisfaction.

Le Caire
'Abd al-Wahhâb Khallâf

INTRODUCTION

Comparaison entre la science du Droit musulman et la science des fondements du Droit musulman à partir de leur définition respective ; exposé de leur objet, de leur finalité, de leur élaboration et de leur développement.

Définition

Tous les spécialistes des sciences religieuses musulmanes (*'oulamâ'*), par-delà les divergences d'écoles, s'accordent sur le fait que l'ensemble des dires et actes humains, qu'ils soient relatifs aux pratiques rituelles ou aux relations sociales, qu'ils relèvent du domaine pénal ou du statut personnel, qu'ils se rapportent à quelque type de contrat ou à quelque comportement que ce soit, sont soumis à des prescriptions définies par la charia, la Loi islamique. Certaines de ces prescriptions sont mentionnées dans les Textes — le Coran et la sunna[1]. Les autres ne sont pas mentionnées explicitement dans les Textes, mais peuvent en être déduites par un *moujtahid*[2] dans un travail d'interprétation s'appuyant sur des indications et des preuves qui lui permettent de dégager des lois.

Ce sont ces prescriptions juridiques se rapportant aux dires et actes

1. Paroles, actes ou approbations du Prophète (ﷺ) à partir desquels sont dégagées des lois, pour ce qui n'est pas expressément ordonné ou défendu dans le Coran.

2. Celui qui pratique l'*ijtihâd*, à savoir l'effort d'interprétation des Textes afin de résoudre des questions de droit.

humains, dont certaines sont tirées des Textes alors que d'autres sont le fruit d'une déduction fondée sur l'interprétation, qui constituent le Droit musulman (*fiqh*).

Selon la terminologie des sciences religieuses, la science du *fiqh* est la science ayant pour objet les prescriptions juridiques pratiques élaborées à partir d'indications[1] précises, ou c'est encore l'ensemble de ces prescriptions.

Leurs études ont permis aux *'oulamâ'* de conclure que les sources de ces lois sont au nombre de quatre : le Coran, la sunna, le consensus entre les juristes (*ijmâ'*) et le raisonnement analogique (*qiyâs*). La première et la plus fondamentale de ces sources est le Coran, vient ensuite la sunna qui élucide le Texte sacré, en spécifie les points généraux et qualifie les prescriptions indéfinies. La sunna apporte au Coran des éclaircissements et constitue un Texte complémentaire.

Les *'oulamâ'* ont étudié chacune de ces sources et ont démontré qu'elles ont force de loi pour les croyants qui doivent donc s'y conformer. Ils ont également déterminé les conditions pour utiliser ces sources et se sont penchés sur les différentes catégories d'indications qui en permettent l'interprétation, et sur les catégories de prescriptions qui en découlent.

Par ailleurs, ils ont examiné les Textes, les règles de la langue arabe, ainsi que les pratiques juridiques en usage qui permettent de dégager les lois à partir de ces indications. Ils se sont également intéressés au rôle des *moujtahid* qui interprètent les Textes pour en extraire des lois. Ils ont défini l'*ijtihâd* (effort d'interprétation juridique) et les conditions à remplir pour le pratiquer, ainsi que l'imitation (*taqlîd*[2]) et son statut.

C'est l'ensemble de ces règles et de ces études concernant, d'une part, les sources des lois et les lois elles-mêmes et, d'autre part, toutes les autres disciplines[3] s'y rapportant, qui constitue la science des fondements ou principes du Droit musulman (*ouṣoûl al-fiqh*).

1. Une indication est le terme choisi pour traduire *dalîl* (pl. *adilla*). Littéralement *dalîl* signifie preuve, indication, ou évidence. C'est une indication issue des sources du droit de laquelle on déduit une règle pratique.

2. Ce terme s'oppose à celui d'*ijtihâd*. Le *taqlîd* est l'attitude qui consiste à se conformer aux opinions d'autrui et aux lois élaborées jusqu'alors, sans faire preuve d'innovation.

3. Telles que la grammaire, la rhétorique, la biographie du Prophète (ﷺ), l'histoire des autres peuples, la médecine, etc.

Objet

La science du *fiqh* (Droit musulman) analyse les actes et les dires de la personne majeure et responsable. Elle traite de leur conformité ou non aux lois divines. Le juriste musulman (*faqîh*) examine les actes tels que la vente, la location, le gage, la délégation de pouvoir, ainsi que les pratiques rituelles dont la prière, le jeûne et le pèlerinage, et d'autres actes comme le vol, l'accusation d'ignominie, l'homicide, l'interrogatoire judiciaire, l'arrestation. Il cherche à établir la position de la Loi vis-à-vis de chacun de ces actes.

Quant à la science des fondements du Droit musulman (*ouṣoûl al-fiqh*), elle s'intéresse à la théorie du Droit : elle analyse l'ensemble des sources du Droit musulman et la manière dont on en extrait toutes les prescriptions divines. Le spécialiste de l'étude des fondements du Droit, appelé en arabe *ouṣoûlî*, étudie la légitimité religieuse du raisonnement analogique (*qiyâs*), les applications spécifiques d'une loi globale, la portée juridique d'un ordre divin, etc. Que l'on me permette d'éclaircir cette question, quelques exemples à l'appui. Le Coran est la première source du Droit et ses prescriptions ne sont pas toutes formulées de la même façon. Certaines consistent en des ordres, d'autres en des interdictions. Certaines emploient des termes généraux, d'autres des termes indéfinis. De telles formulations constituent les différents types d'indications (*adilla*) divines contenues dans le Coran, considéré lui-même comme « l'indication suprême ». Le travail du *ouṣoûlî* consiste à analyser ces différents types d'indications afin de les classer en différentes catégories juridiques, en se fondant sur la rhétorique arabe et sur les procédés juridiques en vigueur.

Ces travaux ont permis d'établir les règles suivantes : à l'ordre correspond l'obligation, à l'interdiction l'illicite, quant à la prescription générale, elle concerne des dispositions qui intéressent l'ensemble de la société, tandis que la prescription indéfinie est universelle et éternelle. Ces règles générales dégagées par le spécialiste des fondements du Droit (*ouṣoûlî*) sont appliquées par le juriste (*faqîh*) à des cas particuliers, ce qui lui permet d'élaborer une loi pratique spécifique.

À titre d'exemple, il applique ces règles au Coran comme suit :

1. Ordre — obligation :

﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ ﴾

« *Ô vous qui croyez ! respectez vos engagements.* »
(Coran, S.5/V.1)

Ce verset : implique qu'honorer un contrat est une obligation ;
2. Interdiction — illicite :

﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا يَسۡخَرۡ قَوۡمٞ مِّن قَوۡمٍ ﴾

« *Ô vous qui croyez ! ne vous moquez pas les uns des autres.* »
(Coran, S.49/V.11)

Ce verset signifie que tourner autrui en dérision est illicite ;
3. Prescription générale — dispositions concernant l'ensemble de la société :

﴿ حُرِّمَتۡ عَلَيۡكُمۡ أُمَّهَٰتُكُمۡ ﴾

« *Vos mères vous sont interdites.* »
(Coran, S.4/V.23)

Le verset veut dire qu'aucun homme ne peut épouser sa mère ;
4. Prescription indéfinie — universalité et éternité : le verset mentionnant l'expiation due par l'homme qui a répudié sa femme par la formule « Tu m'es interdite au même titre que ma mère » s'il désire la garder comme épouse, ce verset qui ordonne :

﴿ فَتَحۡرِيرُ رَقَبَةٖ ﴾

« *d'affranchir un esclave* »
(Coran, S.58/V.3)

implique qu'affranchir un esclave, qu'il soit musulman ou non, est un acte d'expiation.

Les exemples ci-dessus nous permettent d'établir une distinction entre les indications globales (*ad-dalîl al-koullî*) et les indications spécifiques (*ad-dalîl al-jouz'î*), ainsi que de faire la différence entre les prescriptions globales et les prescriptions spécifiques.

Le terme « indication globale » désigne une catégorie générale d'indications, regroupant différentes indications spécifiques. Les indications globales sont par exemple : l'ordre, l'interdiction, les prescriptions générales, les prescriptions indéfinies, les cas de consensus explicite, les cas de consensus implicite, les analogies fondées sur le texte, les analogies fondées sur la déduction. Ainsi, l'indication globale « ordre » regroupe toutes les formulations exprimant l'ordre (propositions impératives, etc.), l'indication globale « interdiction » regroupe toutes les formulations exprimant l'interdiction, et ainsi de suite. L'ordre est donc considéré comme une indication globale tandis qu'une proposition impérative bien précise est une indication spécifique. De même, l'interdiction est une indication globale tandis qu'une proposition impérative bien précise est une indication spécifique.

Quant à la prescription globale, c'est la catégorie juridique qui regroupe toutes les prescriptions spécifiques d'un même type. On trouve ainsi la prescription globale « obligation », « l'illicite », « les actes valides » et « les actes invalides ». « L'obligation » est donc une prescription globale qui comprend l'obligation d'honorer les contrats, l'obligation de la présence de deux témoins lors d'un contrat de mariage, etc. « L'illicite » est une prescription globale qui comprend tous les actes jugés illicites tels que l'adultère, le vol, etc. Il en est de même des prescriptions des actes valides et des actes invalides. Ainsi, on considère l'« obligation » comme une prescription globale et l'obligation d'effectuer un acte bien précis comme une prescription spécifique.

Le *ouṣoûlî* ne s'intéresse donc ni aux indications spécifiques (*ad-dalîl al-jouz'î*), ni aux prescriptions spécifiques qui s'en dégagent, mais il analyse les indications globales (*ad-dalîl al-koullî*) et les prescriptions globales qui en découlent afin d'élaborer des règles universelles. Ces règles codifient la signification des indications, et permettent ainsi au juriste (*faqîh*), qui s'en sert, de les appliquer aux

indications spécifiques pour en tirer les prescriptions spécifiques. Le *faqîh* ne s'intéresse donc pas aux indications globales et aux prescriptions globales qui en résultent, mais étudie les indications spécifiques pour en extraire des prescriptions spécifiques.

Finalité

La finalité de la science du *fiqh* (Droit musulman) est d'appliquer aux actes et dires humains les prescriptions divines (*al-aḥkâm ach-char'îya*), c'est-à-dire les prescriptions contenues dans les Textes religieux ou qui en sont tirées. Le *fiqh* constitue la référence du juge, du mufti[1] et de toute personne majeure et responsable, censée connaître les prescriptions divines qui régissent ses actes et dires. En fait, la finalité du *fiqh* est celle du droit en général, dans toutes les nations, à savoir appliquer les lois aux faits et dires humains et montrer ce qui est licite et ce qui ne l'est pas.

Quant à la finalité de la science de *ouṣoûl al-fiqh* (fondements du Droit musulman), elle consiste à appliquer ses règles et ses théorèmes pour étudier les indications spécifiques afin d'en extraire les prescriptions divines qu'elles expriment. Les règles de cette science facilitent l'explication des Textes et, par conséquent, l'extraction des prescriptions, ainsi que l'éclaircissement des points obscurs. Elles permettent de trancher entre plusieurs interprétations, quand on se trouve face à des textes apparemment contradictoires.

Grâce à ces mêmes règles, on déduit des lois en se basant sur le raisonnement analogique (*qiyâs*), le choix préférentiel (*istiḥsân*[2]) ou la présomption de continuité (*istiṣḥâb*[3]) pour répondre à des situations non mentionnées par les Textes.

Enfin, elles permettent aux spécialistes de faire du Droit comparé (*al-fiqh al-mouqâran*) parce qu'elles conduisent, d'une part, à la

1. Juriste musulman investi officiellement pour prononcer des fatwas, c'est-à-dire donner son avis juridique sur des cas précis.

2. Abandon du résultat le plus évident d'un raisonnement analogique au profit d'un résultat moins évident, mais plus approprié au contexte. C'est-à-dire effectuer un choix juridique entre deux avis.

3. Présumer que le *statu quo* perdure, tant qu'il n'y a pas de preuve de son changement.

parfaite compréhension des lois déduites par les *moujtahid*, et d'autre part, facilitent la comparaison entre les différentes analyses qu'ils font d'un même cas. En effet, pour comprendre le bien-fondé d'une décision juridique ou pour comparer deux analyses juridiques différentes, il est nécessaire de retourner à l'indication (*ad-dalîl*) qui en est l'origine, et de connaître le processus qui a permis d'extraire telle ou telle prescription ou d'adopter telle ou telle analyse. Cela n'est réalisable que grâce à la science de *ou<u>s</u>oûl al-fiqh*.

Élaboration et développement

Les lois formant le *fiqh* ont été élaborées en parallèle avec la constitution de la société musulmane, la religion musulmane étant une fusion entre la croyance, la morale et des lois pratiques. À l'époque du Prophète (ﷺ), ces lois provenaient de deux sources : le Coran et les prescriptions émanant du Prophète (ﷺ), lorsque celui-ci prononçait des avis juridiques, tranchait des différends portés devant lui ou répondait à des questions posées par ses Compagnons. Ainsi, à ses débuts, le *fiqh* était constitué de lois divines et de sentences prononcées par le Prophète (ﷺ), et avait donc pour sources le Coran et la sunna.

Après la mort du Prophète (ﷺ) (époque dite des Compagnons), les Compagnons furent confrontés à des situations inconnues jusqu'alors et vécurent des événements nouveaux. Pour y répondre, leurs *moujtahid* déployèrent des efforts de raisonnement, rendirent des jugements, prononcèrent des fatwas et ajoutèrent au patrimoine juridique islamique des lois déduites de leur *ijtihâd* (interprétation juridique). Dans une seconde étape, le Droit musulman (*fiqh*) était donc constitué de prescriptions divines, de sentences prononcées par le Prophète (ﷺ) et de fatwas des Compagnons. Ses sources s'étaient alors enrichies, et, au Coran et à la sunna, s'ajoutait l'*ijtihâd* des Compagnons.

Durant les deux premières étapes du développement du *fiqh*, les lois n'étaient pas rassemblées en recueils, et il n'existait pas non plus de législation prévisionnelle répondant à des situations hypothétiques. Les seules lois existantes étaient celles qui répondaient à des situations vécues. Cet ensemble de lois ne constituait pas encore une science, ce n'était que des réponses pratiques à des cas bien précis. Cet ensemble n'était pas désigné par le terme *fiqh* et les Compagnons

qui interprétaient les lois n'étaient pas appelés *fouqahâ'*[1].

Durant les deux siècles qui suivirent (époque dite des *tâbi'oûn*, c'est-à-dire la génération qui fit suite à celle du Prophète (ﷺ) et des Compagnons), le pouvoir de l'État islamique s'étendit sur plusieurs pays et différents peuples non arabes embrassèrent l'Islam. La société musulmane devint complexe, elle fut traversée par des courants de pensée différents, et connut une activité culturelle et intellectuelle intense. Les *moujtahid* furent poussés à élargir leur champ d'action et à envisager le développement d'une législation qui tienne compte d'une plus grande diversité de cas juridiques. Ils furent également incités à entreprendre des études et à élaborer des théories juridiques. Le Droit musulman, ou *fiqh*, devint donc une science et des lois applicables à des situations hypothétiques furent développées. Le patrimoine juridique islamique s'enrichit de nouvelles lois. Ainsi, dans sa troisième étape, le *fiqh* se composait de prescriptions divines, de sentences prononcées par le Prophète (ﷺ), d'avis juridiques des Compagnons et d'autres avis juridiques résultant de l'effort de raisonnement entrepris par les *moujtahid* faisant partie des *tâbi'oûn* (Musulmans de la seconde génération). Ses sources étaient donc constituées du Coran, de la sunna, de l'*ijtihâd* (interprétation juridique) des Compagnons et enfin de l'*ijtihâd* de leurs successeurs connus comme *al-a'imma al-moujtahidoûn*[2].

Cette étape fut aussi celle de la mise par écrit du patrimoine juridique islamique, ainsi que de la sunna (auparavant leur transmission était orale). Les lois étaient présentées de manière scientifique ; on citait les indications (*adilla*) à partir desquelles elles étaient tirées, on expliquait leurs fondements et on les classait par catégories générales. Les spécialistes du droit prirent le nom de *fouqahâ'*, et leur science fut désormais désignée par le terme *fiqh*.

Le premier recueil de *fiqh* parvenu jusqu'à nous fut le "Mouwatta'" de l'imam Mâlik ibn Anas. À la demande du premier calife abbasside al-Mansoûr[3], Mâlik rassembla dans un recueil les Paroles du Prophète (ﷺ) authentifiées, les avis juridiques et autres de ses Compagnons et

1. Pluriel de *faqîh*, juriste.

2. Pionniers du raisonnement personnel à partir des Textes. Ils furent à l'origine des écoles doctrinales.

3. Le premier calife de la deuxième dynastie qui régna sur le monde musulman, laquelle succédait à celle des Omeyyades.

les fatwas et interprétations de leurs successeurs faisant l'objet de consensus. Son œuvre fut considérée comme un recueil de la sunna et une référence juridique ; c'est pourquoi elle devint la source principale du *fiqh* dans le Hijâz[1].

La deuxième œuvre en la matière fut écrite par Aboû Yoûsouf, d'après les cours de son maître Aboû Hanîfa[2]. Elle se composait de plusieurs volumes et représentait la référence essentielle du *fiqh* pour les Irakiens. Un autre élève d'Aboû Hanîfa, l'imam Mohammad ibn al-Hasan, écrivit aussi six livres connus sous le nom de "Dhâhir ar-riwâya". Ces livres furent assemblés en un même volume intitulé "Al-kâfî" par al-Hâkim ach-Chahîd puis furent expliqués par as-Sarakhsî dans son livre "Al-mabsoût". Ils sont considérés comme la référence principale du *fiqh* de l'école hanafite. Quant à l'imam Mohammad ibn Idrîs ach-Châfi'î[3], il dicta à ses élèves, en Égypte, son œuvre de *fiqh* intitulée "Al-oumm" qui contient les principes de la doctrine de son école.

La science des fondements du Droit musulman (*ousoûl al-fiqh*) naquit quant à elle au cours du deuxième siècle de l'Hégire. Auparavant, la création d'une telle science n'était pas nécessaire. Le Prophète (ﷺ) rendait les jugements et prononçait les fatwas, guidé par la révélation coranique, inspiré par Dieu et dirigé par son raisonnement naturellement sain. Il n'avait besoin ni d'appliquer des règles, ni de suivre des principes. Les Compagnons tiraient leurs fatwas et avis juridiques des Textes qu'ils comprenaient grâce à leur parfaite maîtrise de la langue arabe et déduisaient des lois (dans les cas non mentionnés par les Textes) grâce à l'expérience juridique acquise des enseignements du Prophète (ﷺ). Ils connaissaient bien les causes de la révélation des différents versets et sourates, et étaient tout à fait conscients de la finalité des lois islamiques et de leurs fondements.

Mais, suite aux conquêtes islamiques, les Arabes se mêlèrent à d'autres peuples, leur langue fut peu à peu influencée par celle des peuples avec lesquels ils vivaient désormais, et avec lesquels ils

1. La partie de la péninsule arabique comprenant entre autres les villes de La Mecque et de Médine.

2. Le deuxième imam sunnite après Mâlik. Ce dernier fonda l'école malikite et Aboû Hanîfa, l'école hanafite.

3. Le troisième imam sunnite, fondateur de l'école chafi'ite.

communiquaient donc oralement et par écrit. La langue arabe s'enrichit ainsi de nouveaux termes et de nouveaux styles d'écriture et de discours. Cette évolution linguistique donnait souvent aux mots des sens approximatifs voire équivoques. Il devint alors nécessaire, pour bien comprendre les Textes, d'élaborer des règles grammaticales permettant aux Musulmans non arabes de maîtriser la langue arabe orale et écrite.

Par ailleurs, l'époque de la Révélation révolue, la polémique se développa entre ceux qui privilégiaient le raisonnement libre et novateur et ceux qui suivaient de près la sunna du Prophète (ﷺ). Certains se laissèrent emporter par leurs passions, en s'appuyant, dans leurs avis juridiques, sur des arguments peu sûrs et en réfutant des preuves sûres et certaines. Cette situation rendit nécessaire la définition des conditions à suivre pour dégager des lois à partir des indications des Textes, et la réalisation d'études sur les règles et usages juridiques. Donc, la science de *ouṣoûl al-fiqh* se compose d'une branche linguistique et d'une autre juridique et didactique.

À l'instar du nouveau-né, cette science naquit toute petite — en terme de nombre de traités — mais évolua progressivement au point de compter deux cents livres et traités de *ouṣoûl al-fiqh*. Les premières discussions ayant trait à cette science étaient dispersées dans différents ouvrages. En effet, chaque fois qu'un des quatre imams pionniers de l'*ijtihâd*[1] parlait d'une décision juridique, il citait l'indication divine dont il tirait la prescription en question, et analysait le processus qu'il avait adopté et la logique qu'il avait suivie, répétant cela tout au long de la rédaction de son œuvre juridique. De même, quand l'un d'eux était en désaccord avec un autre, il démontrait, preuves à l'appui, le bien-fondé de son opposition. Ces analyses et ces argumentations véhiculaient en elles-mêmes les bases et les principes de la science de *ouṣoûl al-fiqh*.

Ces exposés divers et éparpillés furent rassemblés, pour la première fois, par l'imam Aboû Yoûsouf l'élève d'Aboû Ḥanîfa, selon le "Fihrast" d'Ibn an-Nadîm[2]. Malheureusement, cette œuvre ne nous est pas parvenue.

1. À savoir, Mâlik, Aboû Ḥanîfa, ach-Châfi'î et Ibn Ḥanbal, les fondateurs des quatre principales écoles doctrinales sunnites.

2. Historien arabe dont l'œuvre la plus notoire est le *Fihrast,* qui est une bibliographie des plus illustres livres arabes et de leurs auteurs.

Quant à la première œuvre de *ouṣoûl al-fiqh*, en tant que science à part entière, elle fut réalisée par l'imam Mohammad ibn Idris ach-Châfi'î, décédé en l'an 204 de l'Hégire. Cette œuvre, rassemblant, classifiant et évaluant les règles et les recherches de cette science, s'intitule "Ar-risâla". Le rédacteur de ce traité était l'élève d'ach-Châfi'î, appelé ar-Rabî' al-Mourâdî. Ce traité acquit une telle notoriété que les spécialistes de cette science considéraient ach-Châfi'î comme son fondateur. Par la suite, les écrits en la matière se sont succédés, tout en étant différents en volume et en qualité.

Les méthodes suivies par les différents spécialistes de *ouṣoûl al-fiqh* n'étaient pas les mêmes. Les théologiens rationalistes ou *moutakallimoûn*[1] avaient une approche différente de celle des hanafites[2].

La méthode adoptée par les *moutakallimoûn* était déductive. Ils vérifiaient théoriquement les principes et règles de la science de *ouṣoûl al-fiqh*, en privilégiant le raisonnement logique et rationnel (puis appliquaient les théories aux Textes). Suite à cela, ils confirmaient la validité des principes prouvés justes, sans se préoccuper de leur application aux lois dégagées par les imams *moujtahidoûn*. Ce que la raison jugeait cohérent et prouvait juste, était considéré comme principe religieux de base ; qu'importe si cela concordait ou non avec les règles subsidiaires émises par les représentants des différentes écoles doctrinales. Les *ouṣoûlî* (spécialistes de l'étude des fondements du Droit) qui préconisaient cette méthode appartenaient aux écoles chafi'ite et malikite. Parmi leur traités, citons notamment, pour l'école chafi'ite, "Al-moustaṣfâ" d'Aboû Ḥâmid al-Ghazâlî (mort en l'an 430 de l'Hégire), "Al-iḥkâm" d'Aboû al-Ḥasan al-Âmidî (mort en l'an 505 de l'Hégire), et enfin l'ouvrage d'al-Baydhâwî (mort en l'an 670 de l'Hégire) intitulé "Al-minhâj", dont la meilleure explication fut réalisée par al-Asnawî.

Quant aux hanafites, ils adoptèrent la méthode inductive. Ils dégageaient les règles et principes de *ouṣoûl al-fiqh* à partir des travaux effectués par leur imams. Ils confirmaient ces règles et

1. Spécialistes de *'ilm al-kalâm*, ce sont les théologiens appartenant à différentes écoles doctrinales mais prônant une approche rationnelle et déductive des Textes. Ils partaient des Textes pour en déduire des principes.

2. Les théologiens de l'école hanafite qui se sont distingués par leur approche inductive des Textes. C'est-à-dire qu'ils partaient de la pratique pour aboutir à la théorie.

principes en se référant aux lois extraites à partir d'eux, et non en se référant à la logique et à la démonstration théorique. C'est pourquoi leurs livres sont riches en citations de règles subsidiaires et de sous-principes. En fait, ils élaboraient parfois les principes de *ousoûl al-fiqh* suivis par leur imams, à partir de l'étude des lois spécifiques déduites par ces derniers. Donc, la théorie devait être l'aboutissement de la pratique. Parmi les traités célèbres de cette tendance, citons le "Ousoûl" d'Aboû Zayd ad-Dabbousî (mort en l'an 430 de l'Hégire), le "Ousoûl" de Fakhr al-Islâm al-Bazdawî (mort en l'an 430 de l'Hégire), et enfin un livre intitulé "Al-manâr" d'al-Hâfidh an-Nisafî (mort en l'an 790 de l'Hégire) dont la meilleure explication fut réalisée dans le livre "Michkât al-anwâr".

Dans une tentative de concilier les deux méthodes, certains spécialistes ont, tout d'abord, vérifié théoriquement les principes et les règles de la science des *ousoûl* puis les ont vérifiés une deuxième fois, en pratique, en les appliquant à des cas particuliers et en les faisant concorder avec des principes et règles subsidiaires. Cette méthode — qui s'appuie sur la synthèse — a été suivie notamment par Moudhaffar ad-Dîn al-Baghdâdî de l'école hanafite, (mort en l'an 693 de l'Hégire), dans son livre "Badî' an-nidhâm" qui représente une synthèse de "Ousoûl" d'al-Bazdawî et de "Ihkâm" d'al-Âmidî. Il existait également d'autres livres similaires comme "At-tawdîh" de Sadr ach-Charî'a et "At-tahrîr" de Kamâl ibn al-Houmâm, et enfin "Jam'ou al-jawâmi'" d'Ibn as-Sibkî.

Parmi les écrits contemporains en la matière, citons les suivants :

— "Irchâd al-fouhoûl ilâ tahqîqi al-haq min 'ilm al-ousoûl" de l'imam ach-Chawkânî, décédé en 1250 de l'Hégire.
— "Ousoûl al-fiqh" du Cheikh Mohammad al-Khoudrî Bik, décédé en 1927.
— "Tashîl al-wousoûl ilâ 'ilm al-ousoûl" du Cheikh Mohammad 'Abd ar-Rahmân al-Mahallâwî, décédé en 1920.

Nous rendons grâce à Dieu de nous avoir permis de lire un grand nombre de ces livres, et de nous avoir guidé dans la réalisation de cet ouvrage, où nous avons voulu, sous une forme concise, présenter clairement les sources du Droit musulman, tout en démontrant leur souplesse, leur richesse et leur exhaustivité.

Nous avons traité de l'élaboration des lois de manière à rendre

celle-ci accessible aux néophytes et à mettre en évidence les buts du Législateur[1]. Nous avons incorporé, dans cette étude, des règles linguistiques et des notions juridiques faciles à comprendre et donc à appliquer. Les exemples pratiques que nous avons avancés ont été choisis à partir des Textes religieux et des textes du Droit positif, pour rendre cette science (*al-ouṣoûl*) utile aux lecteurs.

Dans plusieurs passages, nous avons comparé les fondements des lois positives avec ceux des prescriptions divines pour démontrer le but commun de leur étude, à savoir bien comprendre et déduire des lois à partir des Textes, réaliser les objectifs du Législateur et préserver les textes des lois de toute tentative d'altération.

Par ailleurs, nous attirons l'attention sur le fait que l'étude de la science de *ouṣoûl al-fiqh* n'a pas de finalité cultuelle, mais fournit des outils qui facilitent la tâche des personnes élaborant les lois. Ces outils les aident à respecter les limites fixées par Dieu et à servir l'intérêt général, comme ils rendent plus aisée la mission du juge dont le but est l'équité et le respect de l'esprit de la loi. Ils ne sont donc pas spécifiques à l'approche des Textes religieux et aux lois conséquentes.

Avertissement

La définition de la science, de son objet, de ses origines, de sa relation avec les autres sciences, de ses fondateurs, de sa légitimité, de ses domaines, etc. : tout cela porte le nom de principes généraux.

Ces paramètres introduisent ladite science aux néophytes, les mettent donc dans le contexte. C'est pourquoi les traités scientifiques commencent toujours par une introduction dont l'objectif est de définir la science en question.

De nombreux traités ont été consacrés à la définition des sciences ; parmi les plus célèbres, citons l'épître du Cheikh 'Alî Rajab aṣ-Ṣâliḥî intitulé "Taḥqîq mabâdi' al-'ouloûm al-iḥdâ 'achar" et la "Mouqaddima" d'Ibn Khaldoûn dont la dernière partie comprend des chapitres fort intéressants traitant des sciences religieuses, linguistiques et rationnelles (la définition de la science, ses origines et son développement).

1. Tout au long de ce livre, le terme "Législateur" (*ach-châri'*) désigne Dieu comme source initiale et suprême de toute loi.

PREMIÈRE PARTIE

AL-ADILLA ACH-CHAR'IYA

LES SOURCES DU DROIT MUSULMAN

— le Coran
— la sunna
— le consensus
— le raisonnement analogique
— le choix préférentiel
— l'intérêt général indéterminé
— l'usage
— la présomption de continuité
— les lois des peuples monothéistes
— l'opinion du Compagnon

Définition

Le mot arabe « *dalîl* » signifie ce ou celui qui guide, qui mène à quelque chose de matériel ou de spirituel, de bon ou de mauvais. En tant que terme, il signifie chez le *ouṣoûlî* l'indication précise ou imprécise qui conduit à dégager une loi divine pratique, grâce à une argumentation juste. Les termes arabes « *adilla* », « *ouṣoûl* », « *maṣâdir tachri'iya* » sont synonymes. Ils signifient respectivement indications, fondements et sources de la législation.

Certains *ouṣoûlî* définissent le terme « *dalîl* » comme ce qui permet de dégager sans ambiguïté une loi indiscutable[1], tandis que le terme « *amâra* », qui signifie signe, conduit à une loi qui est conjecturale[2].

Toutefois, le terme « *dalîl* », dans son usage le plus répandu, signifie : l'indication permettant de dégager une loi divine, indiscutable ou conjecturale. Ainsi, les indications sont classées en deux catégories, les indications indiscutables (c'est-à-dire certaines) et conjecturales (c'est-à-dire incertaines).

1. *Qaṭ'iya,* soit une loi ou une indication certaine et susceptible d'une seule et unique interprétation.

2. *Dhanniya,* soit une loi ou une indication incertaine ou susceptible de plus d'une interprétation.

Les principales sources du Droit

Les spécialistes des sciences religieuses reconnaissent unanimement qu'elles sont au nombre de quatre et sont classées par ordre d'importance comme suit : le Coran, la sunna, le consensus (*ijmâ'*) et le raisonnement analogique (*qiyâs*). Cela signifie que, confronté à un cas juridique, on cherche avant tout la solution dans le Coran ; s'il ne s'y trouve pas de prescription adéquate, on se tourne vers la sunna ; si celle-ci n'apporte pas de réponse, on se réfère à l'*ijmâ'*, à savoir l'avis unanime des *moujtahid* anciens et contemporains ; s'ils ne se sont pas prononcés sur la question, on s'en remet alors à l'effort d'un *moujtahid*, qui, au moyen du raisonnement analogique (*qiyâs*), dégage une loi en se fondant sur les Textes.

L'argument justifiant ce procédé se trouve dans le Coran :

﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓا۟ أَطِيعُوا۟ ٱللَّهَ وَأَطِيعُوا۟ ٱلرَّسُولَ وَأُو۟لِى ٱلْأَمْرِ مِنكُمْ ۖ فَإِن تَنَٰزَعْتُمْ فِى شَىْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى ٱللَّهِ وَٱلرَّسُولِ إِن كُنتُمْ تُؤْمِنُونَ بِٱللَّهِ وَٱلْيَوْمِ ٱلْءَاخِرِ ۚ ذَٰلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا ﴿٥٩﴾ ﴾

> « *Croyants ! Obéissez à Dieu, obéissez au Prophète et à ceux d'entre vous qui détiennent l'autorité. En cas de désaccord entre vous, référez-en à Dieu et au Prophète, si vous croyez en Dieu et au Jour dernier. C'est un bien et la meilleure des issues.* »
>
> (Coran, S.4/V.59)

Dans ce verset, l'injonction d'obéir à Dieu et à Son Prophète (ﷺ) est une injonction de suivre le Coran et la sunna ; l'ordre d'obéir à ceux exerçant l'autorité parmi les Musulmans enjoint de suivre les avis des *moujtahid* car ce sont eux qui exercent l'autorité en matière juridique. Quant à l'ordre qui préconise de se référer à Dieu et au Prophète (ﷺ) en cas de désaccord, c'est une injonction de pratiquer le *qiyâs*, lorsque les Textes ne prévoient pas le cas en question et que l'*ijmâ'* fait défaut. On cherche alors dans ces mêmes Textes une situation équivalente et l'on en tire une loi par raisonnement analogique.

Le verset enjoint donc bien aux Croyants de suivre les lois fondées sur les quatre sources.

Quant au classement de ces quatre sources, il est justifié par le *ḥadîth*[1] de Mou'âdh ibn Jabal rapporté par al-Baghawî :

« Lorsque le Prophète (ﷺ) envoya Mou'âdh au Yémen, il lui demanda :

— Comment trancheras-tu les différends portés devant toi ?

— Je rendrai mon jugement selon le Livre de Dieu.

— Et si tu ne trouves pas de solution dans le Livre de Dieu ?

— Je la chercherai dans la sunna de Son Prophète.

— Et si tu ne la trouves pas dans la sunna de Son Prophète ?

— Je mettrai à profit ma raison, et je n'épargnerai pas mes efforts pour trouver une solution.

Mou'âdh rapporta que le Prophète (ﷺ) lui donna une tape sur la poitrine pour le féliciter, en disant « Louange à Dieu qui a permis au messager de Son Prophète de le satisfaire ».

Dans le même esprit, al-Baghawî rapporte également les propos de Maymoûn ibn Mahrân :

« Lorsqu'Aboû Bakr[2] devait régler un litige, il consultait le Livre de Dieu, et s'il y trouvait une solution il rendait un jugement en conséquence. Dans le cas contraire, s'il avait connaissance d'un jugement du Prophète (ﷺ) sur ce point, il l'appliquait. Si la sunna était muette à ce sujet, il réunissait les gens faisant autorité afin qu'ils le conseillent, appréciait leurs avis et si une solution emportait le consensus, il rendait son jugement. 'Omar[3] agissait de même. » Les plus illustres des Compagnons du Prophète et les Croyants détenteurs de l'autorité les ont approuvés dans leur démarche. Il n'y a jamais eu de divergence sur la hiérarchie établie entre ces quatre sources.

1. Récit qui relate les actes, dires ou approbations du Prophète (ﷺ).

2. Un des plus illustres Compagnons du Prophète, qui fut le premier Calife.

3. Un des plus illustres Compagnons du Prophète, qui fut le deuxième Calife.

Outre ces quatre sources, il en existe d'autres qui ne font pas l'unanimité des spécialistes, les plus connues étant au nombre de six : le choix préférentiel (*al-istiḥsân*), l'intérêt général indéterminé (*al-maṣlaḥa al-moursala*), la présomption de continuité (*al-istiṣḥâb*), l'usage compatible avec les préceptes religieux (*al-'ourf*), l'avis d'un Compagnon du Prophète (*madhhab aṣ-ṣaḥâbî*) et les lois des communautés monothéistes qui ont précédé l'Islam (*char' man qablanâ*).

Cette partie a pour objet une étude détaillée de ces dix sources.

* *
*

La première source
Le Coran

1. Caractéristiques
2. Autorité et force probante
3. Catégories des lois coraniques
4. Versets indiscutables et versets conjecturaux

Caractéristiques

Le Coran est la Parole divine transmise par l'archange Gabriel (Jibrîl) au Messager de Dieu Mohammad ibn 'Abdallâh, exprimée en langue arabe et contenant la Vérité. Il est à la fois une preuve de la prophétie de Mohammad (ﷺ), une table de lois destinée à guider les hommes et une prière dont la récitation est un acte d'adoration de Dieu. Son texte écrit, le *moushaf* commence par la sourate *al-Fâtiha* et se finit par la sourate *an-Nâs*. Il nous a été transmis de génération en génération sans interruption, par écrit et oralement. Dieu le préserve de toute altération ou modification, comme nous l'affirme ce verset :

﴿إِنَّا نَحْنُ نَزَّلْنَا الذِّكْرَ وَإِنَّا لَهُ لَحَافِظُونَ ۝٩﴾

« *En vérité, c'est Nous qui avons fait descendre le Rappel et, certes, c'est Nous qui en sommes gardien.* »
(Coran, S.15/V.9)

L'une des caractéristiques du Coran est que ses termes, ainsi que leurs significations, sont l'œuvre de Dieu. Son expression arabe est celle-là même révélée au Prophète. Ce dernier n'avait qu'à le réciter et le transmettre aux fidèles. Par conséquent :

1. Tout ce que Dieu inspira au Prophète (ﷺ) et que ce dernier formula par ses propres mots ne peut être considéré comme faisant partie du Coran. De tels dires n'ont pas, non plus, la même légitimité que le Coran. Cela ne représente que les *ḥadîth* du Prophète (ﷺ). Il en est de même des *aḥâdîth al-qoudousiya*, qui sont les paroles rapportées de Dieu par le Prophète (ﷺ) et formulées par ce dernier. Ils ne font pas partie du Coran, ne possèdent pas sa légitimité, ne sont pas récités lors des prières prescrites, et leur récitation n'est pas considérée comme un acte pieux.
2. Le texte de l'exégèse du Coran, écrit en arabe et paraphrasant celui du Coran, si précis et fidèle soit-il, n'est pas considéré comme équivalent au texte coranique. Les termes arabes du Coran ont été spécifiquement révélés par Dieu.
3. La traduction d'une sourate ou d'un verset coranique en une langue étrangère — si fidèle et précise soit-elle — ne peut avoir la même valeur sacrée que le Coran, parce que les termes arabes du Coran sont l'œuvre de Dieu. Certes, un texte explicatif du Coran ou une traduction, faits par des hommes dignes de confiance, pieux et compétents peuvent être considérés comme des références aidant à comprendre le Texte sacré ; toutefois, ils n'auront jamais le même statut que lui, c'est-à-dire que leurs formulations, leurs termes généraux ou indéfinis ne peuvent être utilisés pour soutenir un avis ou affirmer une position, parce qu'ils ne sont pas des formulations et des termes coraniques. On ne peut pas les réciter lors des prières prescrites ou autres actes de dévotion.

Le Coran se distingue aussi par le trait suivant : il nous a été transmis par une chaîne continue de rapporteurs qui n'a connu ni interruption ni défaillance. Son mode de transmission est donc une preuve irréfutable de son authenticité. Par conséquent, certaines « lectures » du Coran qui ne font pas l'unanimité — qui étaient par exemple rapportées par un seul Compagnon — ne sont pas considérées comme faisant partie du Coran et n'ont pas la même valeur que lui.

AUTORITÉ ET FORCE PROBANTE

Deux faits prouvent que le Coran a autorité sur les gens et que l'ensemble de ses prescriptions a force de loi : d'une part, il provient de Dieu ; d'autre part, il a été transmis tel quel, sans souffrir d'altération.

L'origine divine du Coran est prouvée par le fait qu'il est inimitable. Les hommes sont totalement incapables de produire un texte semblable au Coran.

Définition et principes de l'inimitabilité « *i'jâz* » du Coran

Le terme arabe « *i'jâz* » signifie imputer l'impuissance à autrui. L'expression arabe suivante : *a'jaza ar-rajoulou akhâhou* veut dire untel a prouvé que tel autre est impuissant ou incapable de faire quelque chose. Appliqué au Coran le terme « *a'jaza* » signifie que ce dernier met en évidence l'incapacité des humains à l'imiter.

Trois conditions sont nécessaires pour prouver l'impuissance d'autrui :

— premièrement : le défi, c'est-à-dire défier l'adversaire d'entrer en compétition avec soi.
— deuxièmement : l'existence d'une raison qui pousse le contestataire au défi.
— troisièmement : l'absence de tout ce qui peut l'empêcher de relever le défi.

À titre d'exemple, un sportif quelconque prétend être le champion de sa catégorie et l'un de ses adversaires conteste sa prétention. Celui qui se prétend champion lance un défi au contestataire, en l'invitant à se mesurer à lui ou à lui présenter quelqu'un d'autre capable de le faire. Le contestataire, bien qu'il tienne à sa position, qu'il soit en bonne santé et que rien ne l'empêche de relever le défi, lui-même ou par le biais d'un autre, se dérobe. Il avoue ainsi son impuissance et reconnaît la supériorité dudit champion.

Le saint Coran lance un défi permanent à ses détracteurs. Ces derniers sont bien motivés pour relever ce défi et rien ne les empêche

de le faire. Pourtant, ils ne créent pas de texte qui puisse rivaliser avec le Coran ou l'égaler.

Le défi fut lancé par le Prophète (ﷺ) quand il se déclara Messager de Dieu, présentant comme preuve le Coran qu'il récitait et qui lui était révélé par Dieu. À ses détracteurs, il dit : si vous doutez de l'origine divine de ce texte, si vous croyez qu'il est l'œuvre d'un être humain, alors produisez un texte pareil, ou seulement dix sourates ou même une seule ! Il les défia sur un ton provocant. Il utilisa des expressions vexantes et sarcastiques qui incitent à agir et à combattre. Il prit Dieu pour témoin de leur incapacité d'imiter le Coran.

Dieu dit dans la sourate *al-Qaṣaṣ*, « Le récit » :

﴿ قُلْ فَأْتُوا۟ بِكِتَٰبٍ مِّنْ عِندِ ٱللَّهِ هُوَ أَهْدَىٰ مِنْهُمَآ أَتَّبِعْهُ
إِن كُنتُمْ صَٰدِقِينَ ﴿٤٩﴾ فَإِن لَّمْ يَسْتَجِيبُوا۟ لَكَ فَٱعْلَمْ
أَنَّمَا يَتَّبِعُونَ أَهْوَآءَهُمْ ﴾

« Dis-leur : « Apportez donc une Écriture émanant de Dieu qui, mieux que ces deux-là, soit un guide — je la suivrai — si vous êtes véridiques. » S'ils ne répondent pas à ton appel, sache qu'ils ne font que suivre leurs passions. »

(Coran, S.28/V.49-50)

Et Dieu dit dans la sourate *al-Isrâ'*, « Le voyage nocturne » :

﴿ قُل لَّئِنِ ٱجْتَمَعَتِ ٱلْإِنسُ وَٱلْجِنُّ عَلَىٰٓ أَن يَأْتُوا۟ بِمِثْلِ هَٰذَا ٱلْقُرْءَانِ
لَا يَأْتُونَ بِمِثْلِهِۦ وَلَوْ كَانَ بَعْضُهُمْ لِبَعْضٍ ظَهِيرًا ﴾

« Dussent les hommes et les djinns s'unir pour produire un Coran pareil à cette prédication, ils n'y parviendraient pas, même en se soutenant les uns les autres. »

(Coran S.17/V.88)

Il dit encore dans la sourate « Houd » :

﴿ أَمْ يَقُولُونَ ٱفْتَرَىٰهُ ۖ قُلْ فَأْتُوا۟ بِعَشْرِ سُوَرٍ مِّثْلِهِۦ مُفْتَرَيَٰتٍ
وَٱدْعُوا۟ مَنِ ٱسْتَطَعْتُم مِّن دُونِ ٱللَّهِ إِن كُنتُمْ صَٰدِقِينَ ﴿١٣﴾ ﴾

« Diront-ils : « Il l'a inventé ? » Réponds : « Apportez donc dix sourates inventées comparables à ceci et appelez, en dehors de Dieu, qui vous voudrez, si vous êtes véridiques. »

(Coran, S.11/V.13)

Et dans la sourate *al-Baqara,* « La vache » :

﴿ وَإِن كُنتُمْ فِى رَيْبٍ مِّمَّا نَزَّلْنَا عَلَىٰ عَبْدِنَا
فَأْتُوا۟ بِسُورَةٍ مِّن مِّثْلِهِۦ وَٱدْعُوا۟ شُهَدَآءَكُم مِّن دُونِ ٱللَّهِ
إِن كُنتُمْ صَٰدِقِينَ ﴿٢٣﴾ ﴾

« Si vous doutez de ce que Nous avons révélé à Notre serviteur, apportez donc une sourate qui soit semblable à ceci et citez vos témoins, en dehors de Dieu, si vous êtes véridiques. »

(Coran S.2/V.23)

Enfin, Dieu dit dans la sourate *at-Toûr,* « Le mont » :

﴿ أَمْ يَقُولُونَ تَقَوَّلَهُۥ ۚ بَل لَّا يُؤْمِنُونَ ﴿٣٣﴾
فَلْيَأْتُوا۟ بِحَدِيثٍ مِّثْلِهِۦٓ إِن كَانُوا۟ صَٰدِقِينَ ﴿٣٤﴾ ﴾

« Disent-ils qu'il a lui-même forgé cela ? Bien loin de là ! Ce sont eux-mêmes qui refusent d'y croire ! Qu'ils apportent donc une œuvre pareille à celle-ci, s'ils sont véridiques. »

(Coran, S.52/V.33-34)

Les raisons pour relever le défi lancé par le Coran ne manquaient pas à ses détracteurs, et elles sont évidentes. Le Prophète (ﷺ) se

proclamait Envoyé de Dieu et appelait à une religion qui désavouait les croyances héritées par les Arabes de leurs ancêtres. Il critiquait l'immaturité de leurs esprits et tournait en dérision leurs idoles. Il présentait le Coran comme la preuve de sa mission prophétique et les défiait de produire un texte semblable. Ils devaient être très motivés pour créer un texte capable de rivaliser avec celui présenté par Mohammad (ﷺ) afin de mettre fin à ses attaques, d'infirmer sa preuve et de réfuter sa prophétie. Agissant ainsi, ils auraient pu venger l'honneur de leurs dieux, sauvegarder leur religion et se préserver de la guerre.

Aucun obstacle ne les empêchait de relever le défi. En effet, le Coran est formulé dans une expression arabe, son lexique et son style sont donc ceux des Arabes. Ces derniers n'étaient-ils pas les rois de l'éloquence ? Ne comptaient-ils pas parmi eux de nombreux poètes et orateurs maîtrisant parfaitement l'art du discours ? Cela, au niveau lexical. Considérons maintenant leur compétence au niveau sémantique : la littérature arabe préislamique — poèmes, discours, récits de sagesse et débats — témoigne de leur maturité d'esprit et de leur profonde expérience de la vie. En outre, le Coran leur suggérait de se faire aider par d'autres — les prêtres et les gens du Livre — et de se préparer comme il se doit à la compétition. Par ailleurs, le Coran ne fut pas révélé en une seule fois, et ils ne pouvaient donc prendre pour excuse l'impossibilité de produire un aussi long texte en si peu de temps. Sa révélation s'est étalée sur vingt-trois ans. Le temps écoulé entre la révélation de chaque passage suffisait pour permettre à ceux qui le voulaient d'imiter ce qui avait été révélé — si toutefois ils en étaient capables.

Certes, dans plusieurs versets coraniques, Dieu, par la bouche du Prophète (ﷺ), défiait les incrédules d'imiter le Coran. Ces derniers ne purent pas le faire ; ce n'était pas faute de volonté ou de motivation, mais faute de capacité. Si seulement les détracteurs du Coran avaient réussi à l'imiter, ils auraient pu sauver l'honneur de leurs dieux, réduire au silence celui qui s'était moqué d'eux et se préserver de la guerre. Mais, au lieu de rivaliser avec le Coran, ils conspirèrent contre le Prophète (ﷺ). N'était-ce pas là la preuve de leur impuissance et de leur capitulation devant le caractère divin et inimitable du Coran ? Ils avaient donc ainsi reconnu qu'il était au-dessus des moyens humains et que son auteur était bel et bien Dieu.

En quoi consiste l'inimitabilité (*i'jâz*) du Coran ?

Mais pourquoi les hommes sont-ils réduits à l'impuissance face au phénomène coranique ? Les spécialistes s'accordent sur le fait que le caractère inimitable du Coran est multifactoriel. Les hommes sont incapables de produire un texte semblable au Coran tant du point de vue du lexique que du sens et de la valeur spirituelle. Sa supériorité s'affirme donc de plusieurs manières. Par ailleurs, il est bien connu que l'esprit humain n'a pas encore percé tous les secrets de l'aspect miraculeux du texte coranique. Le voile se lève sur ces secrets au fur et à mesure que les croyants étudient le Coran, et que les scientifiques découvrent les lois qui régissent l'univers et les merveilles des êtres vivants. Oui, chaque découverte vient confirmer le caractère divin du Coran.

Donnons, ci-dessous, quelques exemples qui attestent l'inimitabilité du Coran :

1. La cohésion et l'harmonie entre son expression, sa signification, ses lois et sa vision du monde

Le texte coranique se compose de six mille versets. Il comprend une variété de formes d'expression et de style. Il traite de divers sujets d'ordre cultuel, moral et juridique. Il contient tout à la fois une cosmogonie, une éthique sociale et une métaphysique. Toutefois, l'expression de l'ensemble est toujours de qualité constante, d'un verset à l'autre le style est égal à lui-même. Les termes sont tous pertinents et précis. Le niveau de la rhétorique est le même tout au long du texte. L'expression correspond parfaitement à la situation décrite ou à la prescription donnée. Chaque mot est nécessaire là où il est.

Son contenu ne souffre d'aucune contradiction interne ni ses prescriptions d'aucune opposition entre elles. Ses objectifs vont tous dans la même direction, ses principes et ses préceptes s'affirment les uns les autres. S'il était l'œuvre d'êtres humains — individus ou groupes — il souffrirait de contradictions dans son expression et dans son contenu. Même si l'esprit humain avait atteint les plus hauts degrés de maturité, il ne serait jamais capable de produire un texte de six mille versets, sur une période de vingt-trois ans, sans que celui-ci ne présente de différences du point de vue du style, de la concision et

du contenu. Dieu, le Sublime, attire notre attention sur cet aspect du miracle coranique en disant :

﴿ أَفَلَا يَتَدَبَّرُونَ ٱلْقُرْءَانَ ۚ وَلَوْ كَانَ مِنْ عِندِ غَيْرِ ٱللَّهِ لَوَجَدُوا۟ فِيهِ ٱخْتِلَٰفًا كَثِيرًا ﴿٨٢﴾ ﴾

« Ont-ils jamais vraiment médité sur le Coran ? Si ce Livre venait d'un autre que Dieu, ils y trouveraient maintes contradictions. »

(Coran, S.4/V.82)

Certes, il y a parfois des différences de style et de formes d'expression dans certains versets : cela n'est nullement dû à une défaillance de style, mais c'est la conséquence du sujet abordé dans le verset. Les versets à teneur juridique — ceux qui déterminent le délai de viduité de la femme divorcée, la répartition de l'héritage, les personnes ayant droit à l'aumône, etc. — ne peuvent être formulés dans un style imagé et émouvant. Ils doivent être énoncés en des termes concis et précis. Par contre, dans les versets ayant trait à la croyance — abhorration des rites païens, récit du déluge, démonstration de l'omnipotence de Dieu, énumération des bienfaits divins ou avertissement des châtiments infligés aux mécréants — le style est métaphorique et émouvant. En effet, la concision et la précision ne peuvent convenir à de tels sujets. Maîtriser l'art littéraire ne se résume-t-il pas à placer le mot juste là où il faut, quand il le faut ?

Quant à la contradiction apparente entre le contenu de certains versets, les exégètes ont montré qu'elle disparaît lors de l'étude approfondie du sens des versets en question. À titre d'exemple, ils citent les versets suivants :

﴿ مَّآ أَصَابَكَ مِنْ حَسَنَةٍ فَمِنَ ٱللَّهِ ۖ وَمَآ أَصَابَكَ مِن سَيِّئَةٍ فَمِن نَّفْسِكَ ۚ وَأَرْسَلْنَٰكَ لِلنَّاسِ رَسُولًا ۚ وَكَفَىٰ بِٱللَّهِ شَهِيدًا ﴿٧٩﴾ ﴾

« Tout bien qui t'arrive vient de Dieu ! Tout mal qui t'atteint vient de toi-même ! Nous t'avons envoyé aux

hommes comme Messager. Dieu suffit comme témoin. »
(Coran, S.4/V.79)

﴿ قُلْ كُلٌّ مِّنْ عِندِ ٱللَّهِ ﴾

« *Dis-leur : Tout vient de Dieu.* »
(Coran, S.4/V.78)

﴿ وَإِذَآ أَرَدْنَآ أَن نُّهْلِكَ قَرْيَةً أَمَرْنَا مُتْرَفِيهَا فَفَسَقُوا۟ فِيهَا
فَحَقَّ عَلَيْهَا ٱلْقَوْلُ فَدَمَّرْنَٰهَا تَدْمِيرًا ﴿١٦﴾ ﴾

« *Quand Nous décrétons la perte d'une cité, Nous lâchons la bride à ses riches qui se livrent à la perversion. Notre arrêt, déjà pris, se trouve dès lors justifié. Aussi la saccageons-Nous de fond en comble.* »
(Coran, S.17/V.16)

Ce verset s'oppose apparemment aux deux précédents qui certifient que Dieu n'ordonne jamais de faire le mal. En examinant scrupuleusement ces textes, il apparaît cependant qu'ils sont parfaitement cohérents les uns avec les autres, tandis que :

﴿ وَلَوْ كَانَ مِنْ عِندِ غَيْرِ ٱللَّهِ لَوَجَدُوا۟ فِيهِ ٱخْتِلَٰفًا كَثِيرًا ﴾

« *Si ce Livre venait d'un autre que de Dieu, ils y trouveraient maintes contradictions.* »
(Coran, S.4/V.82)

2. La concordance des vérités coraniques avec celles de la science

Dieu a révélé le Coran pour servir de preuve à Son Prophète et de lois fondamentales aux êtres humains. Il ne l'a pas destiné à être un traité scientifique expliquant la création de l'univers et de l'homme, et décrivant les mouvements des astres. Cependant — pour prouver

l'existence de Dieu, Son unicité et pour rappeler aux humains Ses bienfaits, etc. — certains versets coraniques évoquent des lois naturelles qui régissent l'univers. La science moderne a prouvé l'exactitude des données coraniques et a ainsi confirmé l'origine divine de ce texte. En effet, les contemporains du Prophète (ﷺ) ne connaissaient rien des vérités scientifiques citées dans le Coran. Ainsi, chaque fois que la science permet de découvrir une loi naturelle que le Coran a mentionnée, cela témoigne à nouveau qu'il provient de Dieu. Dieu dit en ce sens dans la sourate *Fouṣilat,* « les Détaillés » :

﴿ قُلْ أَرَءَيْتُمْ إِن كَانَ مِنْ عِندِ ٱللَّهِ ثُمَّ كَفَرْتُم
بِهِۦ مَنْ أَضَلُّ مِمَّنْ هُوَ فِى شِقَاقٍۭ بَعِيدٍ ﴿٥٢﴾ سَنُرِيهِمْ
ءَايَٰتِنَا فِى ٱلْءَافَاقِ وَفِىٓ أَنفُسِهِمْ حَتَّىٰ يَتَبَيَّنَ لَهُمْ أَنَّهُ ٱلْحَقُّ ۗ
أَوَلَمْ يَكْفِ بِرَبِّكَ أَنَّهُۥ عَلَىٰ كُلِّ شَىْءٍ شَهِيدٌ ﴿٥٣﴾ ﴾

« *Dis : Qu'en pensez-vous ? Si ce Coran émane de Dieu et que vous le récusez, qui sera plus égaré que celui qui a tout rompu avec la foi ? Nous leur montrerons si bien Nos signes dans l'univers et en eux-mêmes, qu'ils sauront bien un jour que ceci est la vérité. Eh quoi ! Ne suffit-il pas que ton Seigneur soit le témoin de toute chose ?* »

(Coran, S.41/V.52-53)

Parmi les versets qui expliquent les phénomènes naturels montrant la force créatrice de Dieu et Ses bienfaits prodigués aux hommes, citons les suivants :

﴿ وَتَرَى ٱلْجِبَالَ تَحْسَبُهَا جَامِدَةً وَهِىَ تَمُرُّ مَرَّ ٱلسَّحَابِ ۚ
صُنْعَ ٱللَّهِ ٱلَّذِىٓ أَتْقَنَ كُلَّ شَىْءٍ ۚ إِنَّهُۥ خَبِيرٌۢ بِمَا تَفْعَلُونَ ﴿٨٨﴾ ﴾

« *[Le jour où] tu verras les montagnes que tu croyais figées filer comme filent les nuages — œuvre de Dieu qui a*

ordonné au mieux toute chose, et qui est parfaitement informé de ce que vous faites. »

(Coran, S.27/V.88)

﴿ وَأَرْسَلْنَا الرِّيَاحَ لَوَاقِحَ ﴾

« *Nous envoyons des vents fécondants.* »

(Coran, S.15/V.22)

﴿ أَوَلَمْ يَرَ الَّذِينَ كَفَرُوا
أَنَّ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضَ كَانَتَا رَتْقًا فَفَتَقْنَاهُمَا ۖ وَجَعَلْنَا
مِنَ الْمَاءِ كُلَّ شَيْءٍ حَيٍّ ۖ أَفَلَا يُؤْمِنُونَ ﴾

« *Les mécréants ne voient-ils pas que les cieux et la terre formaient à l'origine une masse compacte, que Nous les avons scindés et que, de l'eau, Nous avons fait tout ce qui est vivant ?* »

(Coran, S.21/V.30)

﴿ مَرَجَ الْبَحْرَيْنِ يَلْتَقِيَانِ ﴿١٩﴾ ﴾

« *Par Lui les deux mers confluent l'une vers l'autre, elles sont sur le point de se confondre.* »

(Coran, S.55/V.19)

﴿ وَلَقَدْ خَلَقْنَا الْإِنسَانَ مِن
سُلَالَةٍ مِّن طِينٍ ﴿١٢﴾ ثُمَّ جَعَلْنَاهُ نُطْفَةً فِي قَرَارٍ مَّكِينٍ ﴿١٣﴾ ثُمَّ
خَلَقْنَا النُّطْفَةَ عَلَقَةً فَخَلَقْنَا الْعَلَقَةَ مُضْغَةً فَخَلَقْنَا
الْمُضْغَةَ عِظَامًا فَكَسَوْنَا الْعِظَامَ لَحْمًا ثُمَّ أَنشَأْنَاهُ خَلْقًا
آخَرَ ۚ فَتَبَارَكَ اللَّهُ أَحْسَنُ الْخَالِقِينَ ﴿١٤﴾ ﴾

« *Nous avons créé l'homme d'un extrait d'argile ; puis Nous en fîmes une goutte de sperme déposée en un réceptacle sûr. Cette goutte devint une adhérence dont nous fîmes un morceau de chair où se dessinèrent les os. Nous recouvrîmes le squelette de muscles : Nous avons ainsi créé un nouvel être. Béni soit Dieu, le meilleur des créateurs !* »
(Coran, S.23/V.12-14)

Certains chercheurs, spécialistes des études coraniques, désapprouvent l'explication des versets du Coran par référence aux découvertes et aux théories scientifiques. Ils argumentent leur désapprobation ainsi : le sens du Coran est constant, alors que les résultats des recherches scientifiques évoluent sans cesse ; ce qui a été juste à un moment donné, peut s'avérer faux suite à une nouvelle découverte. Nous nous opposons à cette argumentation. Expliquer un verset coranique à la lumière des données scientifiques modernes n'est qu'une approche parmi tant d'autres. Cela ne restreint, en aucun cas, la signification du verset. Si les données ou théories scientifiques utilisées s'avèrent fausses, l'interprétation du verset sera donc erronée. Toutefois, l'erreur ne concerne nullement le verset en tant que tel. Cela est analogue au fait de déduire une prescription d'un verset puis de se rendre compte que l'on s'est trompé, à la lumière d'une nouvelle indication.

3. Le Coran prédit un avenir que seul Dieu connaît

Le Coran a informé le Prophète (ﷺ) sur des événements futurs dont ses contemporains ne pouvaient alors avoir connaissance. On peut citer, à titre d'exemple, le verset qui annonçait la victoire des Byzantins sur les Perses :

﴿الٓمٓ ۝١ غُلِبَتِ ٱلرُّومُ ۝٢ فِيٓ أَدۡنَى ٱلۡأَرۡضِ وَهُم مِّنۢ بَعۡدِ غَلَبِهِمۡ سَيَغۡلِبُونَ ۝٣﴾

« *Alif. Lâm. Mîm. Les Byzantins ont été vaincus dans un pays voisin ; mais après leur défaite, ils seront vainqueurs.* »
(Coran, S.30/V.1-3)

Ou encore le verset :

﴿لَتَدْخُلُنَّ ٱلْمَسْجِدَ ٱلْحَرَامَ إِن شَآءَ ٱللَّهُ ءَامِنِينَ﴾

« *Vous entrerez dans la Mosquée Sacrée, si Dieu le veut, en toute sécurité.* »

(Coran, S.48/V.27)

Le Coran raconte aussi l'histoire de peuples disparus depuis l'Antiquité et qui n'ont pas laissé de traces. Ceci est une preuve supplémentaire qu'il provient de Dieu, qui seul connaît le passé, le présent et l'avenir. Dieu, le Sublime, évoque cet aspect du miracle coranique dans Sa Parole :

﴿تِلْكَ مِنْ أَنۢبَآءِ ٱلْغَيْبِ نُوحِيهَآ إِلَيْكَ ۖ مَا كُنتَ تَعْلَمُهَآ أَنتَ وَلَا قَوْمُكَ مِن قَبْلِ هَٰذَا ۖ﴾

« *Voilà autant d'épisodes des temps passés que Nous te révélons. Tu ne les connaissais pas auparavant, pas plus que ton peuple.* »

(Coran, S.11/V.49)

4. La concision et l'éloquence du style du texte coranique

Il n'existe dans le Coran aucun terme qui puisse choquer l'oreille ou qui soit incompatible avec les termes précédents ou suivants. Ses mots forment un ensemble cohérent et harmonieux, et ses expressions variées conviennent parfaitement aux situations qu'elles décrivent ; il est le modèle parfait de l'art du discours. Les spécialistes de la langue arabe apprécient, à leur juste valeur, les métaphores, les argumentations et les illustrations d'idées si bien exprimées dans le texte coranique, et même ses détracteurs les plus versés dans l'art de la rhétorique lui reconnaissent cette qualité. Les deux imams az-Zamakhcharî et 'Abd al-Qâhir ont démontré, le premier dans "Al-kachâf", et le second dans "Dalâ'il al-i'jâz" et "Asrâr al-balâgha", tous les aspects de la rhétorique coranique. Quant à la force persua-

sive et émotionnelle du Coran, elle est ressentie par toute personne sensible. Il suffit ici de rappeler qu'écouter la récitation du Coran est un plaisir dont on n'est jamais rassasié. Al-Walîd ibn al-Moughîra, l'un des ennemis les plus acharnés du Prophète (ﷺ), reconnaissait que le Coran est « agréable à entendre, plein de douceur, tel un arbre dont les racines sont bien fortes et les branches lourdes de fruits ». Les véritables qualités de quelqu'un ne sont-elles pas celles reconnues par ses ennemis ?

Catégories de lois

Le Coran contient trois catégories de prescriptions :

1. Les prescriptions concernant la croyance : elles déterminent ce en quoi le Musulman doit croire, à savoir : Dieu, Ses anges, Ses Livres, Ses prophètes et le Jour dernier.
2. Les prescriptions relevant de la morale : elles définissent les vertus et les vices, le bien et le mal.
3. Les prescriptions relatives à la pratique de la religion : elles régissent les dires et actes de la personne majeure et responsable (relations sociales, contrats, culte, etc.). Cette catégorie de prescriptions constitue le Droit (*fiqh*) issu du Coran. La science de *ouṣoûl al-fiqh* a pour objet l'élaboration des bases de ce *fiqh*.

Les prescriptions ou lois pratiques du Coran se répartissent en deux sous-catégories : celles relatives au culte (*'ibâdât*) et celles relatives aux transactions sociales (*mou'âmalât*). Les prescriptions des *'ibâdât* organisent le culte c'est-à-dire la prière, le jeûne, l'aumône légale, le pèlerinage, les vœux et les serments. Bref, tous les actes pieux qui concernent la relation de l'homme avec Dieu.

Les prescriptions des *mou'âmalât* régissent la vie sociale dans tous ses domaines relationnel, contractuel, juridique, etc. Elles codifient les relations des individus et des groupes. Selon la terminologie religieuse, les *mou'âmalât* recouvrent tous les actes et dires de la personne majeure et responsable sauf ceux qui font partie du culte. Dans l'usage moderne, ce terme recouvre les domaines du Droit suivants :

1. Le statut personnel : l'ensemble des lois concernant la famille, dès sa constitution, à savoir les relations conjugales et familiales. Le nombre de versets coraniques se rapportant à ce sujet est de soixante-dix environ.

2. Le droit civil : l'ensemble des lois qui organisent les différents échanges entre les individus, tels que les actes de vente, de location, de prise en charge, d'association, de créance et les engagements divers. Ces lois réglementent les relations financières et sauvegardent les droits des parties contractantes. Elles constituent environ soixante-dix versets.

3. Le droit pénal : l'ensemble des lois qui déterminent les sanctions correspondant aux délits et crimes commis par les personnes majeures et responsables. Il garantit la sécurité de la vie humaine, des biens personnels, de la réputation des personnes et leurs droits. Il définit les rapports entre la victime, le coupable et la société musulmane. Cet ensemble occupe une trentaine de versets.

4. Le droit de la défense : l'ensemble des lois qui concernent le jugement, le témoignage et le serment. Ces lois déterminent la procédure juridique de manière à réaliser l'équité parfaite en tranchant les différends entre les gens. Elles comprennent treize versets.

5. Le droit constitutionnel : l'ensemble des lois qui constituent les principes fondamentaux de l'État musulman. Il définit la relation entre le gouvernant et les gouvernés, et précise les droits des individus et des groupes. Les versets s'y rapportant sont au nombre de dix.

6. Le droit international : l'ensemble des lois qui codifient les relations de l'État musulman avec les pays étrangers et avec les non-Musulmans vivant sur son sol. Ces lois traitent de ces relations en temps de paix et en temps de guerre, et définissent les rapports que les Musulmans doivent entretenir avec les étrangers et les non-Musulmans vivants parmi eux. Elles sont énumérées dans environ vingt-cinq versets.

7. Le droit des affaires et des finances : l'ensemble des lois qui déterminent les droits qu'ont les pauvres et les démunis sur la fortune des nantis. Ces lois organisent les recettes et les dépenses publiques, et les relations économiques entre les riches et les pauvres, et entre l'État et les citoyens. Elles sont énoncées dans une dizaine de versets.

En étudiant les versets prescriptifs, on s'aperçoit que les prescriptions concernant le culte et le statut personnel (relations conjugales et

héritage) sont détaillées parce qu'elles relèvent de la croyance et de la relation du croyant avec Dieu. Elles appartiennent au spirituel plus qu'au rationnel et restent, de ce fait, immuables malgré les changements d'époque et de société. Quant aux prescriptions relatives au droit civil, pénal, constitutionnel, international et économique, elles consistent en des principes généraux et des règles de base. Rares sont dans le Coran les lois détaillées. On en déduit qu'elles se modifient en fonction de l'évolution de la société et selon l'intérêt public. Le Coran fournit donc une plate-forme juridique et laisse aux dirigeants musulmans le soin d'élaborer les lois correspondant à leur époque et à l'intérêt général de leur société. En accomplissant cela, ils doivent respecter l'esprit des lois coraniques et ne pas contredire une prescription précisée dans le Coran.

LES VERSETS INDISCUTABLES ET LES VERSETS CONJECTURAUX

Il n'existe aucun doute sur la transmission du texte coranique et de son contenu. Nous avons la certitude absolue que tous les versets que l'on récite sont ceux-là mêmes qui ont été révélés au Prophète (ﷺ) par Dieu. Le Prophète (ﷺ) — que Dieu préserva de toute défaillance — a transmis le Coran aux croyants sans lui faire subir la moindre altération (dans le sens ou la forme), ceci de la façon suivante : chaque fois qu'il recevait un verset ou une sourate, il récitait le passage à ses Compagnons et le dictait à ses secrétaires. Les Compagnons qui savaient écrire, copiaient le texte révélé et le conservaient chez eux, afin de l'apprendre et de le réciter pendant leurs prières. À la mort du Prophète (ﷺ), tous les versets étaient consignés par écrit et mémorisés par un grand nombre de Compagnons.

Aboû Bakr confia à Zayd ibn Thâbit[1] et à un groupe de Compagnons — qui maîtrisaient l'art d'écrire et connaissaient le Coran par cœur — le soin de rassembler toutes les copies du texte coranique et d'en constituer un exemplaire dans lequel les sourates furent classées selon l'ordre qu'avait indiqué le Prophète (ﷺ) lui-

1. Le serviteur du Prophète (ﷺ) et l'un de ses secrétaires.

même. Ce Livre devint la référence principale des Musulmans qui voulaient apprendre le Coran ou le copier. Par ailleurs, les Compagnons connaissant le Coran par cœur et qui étaient encore vivants, constituaient une référence supplémentaire.

À l'instar de son prédécesseur, 'Omar, de son vivant, garda précieusement cet exemplaire. Puis il le confia à sa fille Hafsa[1]. Une fois devenu Calife, 'Othmân[2] emprunta à Hafsa ledit exemplaire et confia au même Zayd ibn Thâbit la tâche d'en faire des copies conformes qu'il envoya par la suite aux différentes contrées conquises par les Musulmans. Zayd fut aidé par plusieurs illustres Compagnons appartenant aux Auxiliaires (*ansâr*) et aux Émigrés (*mouhâjiroûn*)[3].

En résumé, Aboû Bakr a rassemblé toutes les copies authentifiées du texte coranique, les a conservées précieusement et en a reproduit une copie unifiée. 'Othmân ordonna de reproduire cette copie en plusieurs exemplaires qu'il diffusa dans tout le monde musulman, faisant détruire les autres textes non conformes. Ainsi, tous les Musulmans avaient accès au même texte coranique. Le texte de l'exemplaire distribué par 'Othmân, appelé le *moushaf*, est celui que les Musulmans lisent, récitent et apprennent depuis cette époque jusqu'à nos jours. Chaque génération le transmet à la suivante, tel qu'elle l'a reçu elle-même. Le texte écrit est absolument identique à celui mémorisé par des millions de Musulmans de nationalités et de couleurs différentes, chinois, maghrébins, africains, européens, etc. Tous sont réunis autour d'une lecture du même Livre, le Coran. Ils illustrent ainsi la parole divine :

﴿ إِنَّا نَحْنُ نَزَّلْنَا الذِّكْرَ وَإِنَّا لَهُ لَحَافِظُونَ ﴿٩﴾ ﴾

« C'est Nous, en vérité, qui avons révélé le Rappel et, certes, c'est Nous qui en sommes gardien. »

(Coran, S.15/V.9)

1. Une des épouses du Prophète (et fille de 'Omar). Elle avait donc le statut de mère des croyants.
2. Le troisième Calife qui succéda à 'Omar.
3. Les *ansâr* sont les habitants de Médine qui se rallièrent au Prophète (ﷺ) et l'accueillirent chez eux, et les *mouhâjiroûn* sont les premiers Musulmans qui fuirent La Mecque pour sauvegarder leur foi.

Suivant leur sens, les versets (ou textes) prescriptifs sont répartis en deux catégories :

— les versets indiscutables
— les versets conjecturaux.

Un texte indiscutable n'est susceptible que d'une seule et unique interprétation. Il n'y a pas lieu de le comprendre de deux manières différentes. À titre d'exemple, citons les versets suivants :

﴿ وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِن لَّمْ يَكُن لَّهُنَّ وَلَدٌ ﴾

« *Vous avez droit à la moitié de ce que laissent vos épouses, si elles meurent sans laisser d'enfants.* »
(Coran, S.4/V.12)

Le sens du verset est clair et précis, le mari a droit à la moitié de l'héritage laissé par sa défunte femme si celle-ci n'a pas laissé d'enfant.

﴿ ٱلزَّانِيَةُ وَٱلزَّانِي فَٱجْلِدُوا۟ كُلَّ وَٰحِدٍ مِّنْهُمَا مِا۟ئَةَ جَلْدَةٍ ﴾

« *Fouettez-les chacun de cent coups de fouet.* »
(Coran, S.24/V.2)

Pour le fornicateur et la fornicatrice, le châtiment de la fornication (*az-zinâ*) est donc bien déterminé à cent coups de fouet, ni plus ni moins.

De la même manière, tous les versets qui déterminent le partage de l'héritage ou les châtiments à appliquer aux crimes sont précis et indiscutables.

Quant aux versets conjecturaux, ils peuvent être compris de différentes manières, comme le verset suivant :

﴿ وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ ﴾

« *Et les femmes divorcées doivent observer un délai de trois menstrues (qourou').* »

(Coran, S.2/V.228)

Le caractère conjectural de ce verset vient du terme arabe *qourou'* qui a une double signification. Il désigne à la fois l'état de pureté et la menstruation. Cela pose la problématique suivante : la divorcée doit-elle attendre le temps de trois périodes de pureté (période qui sépare deux menstrues consécutives) avant de se remarier, ou doit-elle attendre d'avoir eu trois menstrues ? Cette double signification a engendré deux interprétations différentes. Certains *moujtahid* soutiennent que la période d'attente se calcule selon le nombre de jours constituant un cycle menstruel, alors que d'autres affirment que la femme est libre dès qu'elle a eu ses règles pour la troisième fois (partant de la date de son divorce). De même, cet autre verset :

﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ وَالدَّمُ﴾

« *Vous sont interdits la bête morte et le sang.* »

(Coran, S.5/V.3)

Ce verset comporte plus d'un sens. En effet, le terme « *mayta* » (bête morte) est vague ; on peut en déduire qu'il est interdit de manger tout cadavre d'animal, mais on peut aussi faire exception des cadavres d'animaux marins. Ainsi, tout texte qui contient un terme à sens multiple, ou un terme général ou vague, est un texte conjectural, car tout en exprimant une signification il est également susceptible d'en exprimer une autre.

La deuxième source

La sunna[1]

1. Définition
2. Autorité
3. La valeur de la sunna par rapport au Coran
4. La classification des *ḥadîth* selon leurs rapporteurs
5. Les *ḥadîth* conjecturaux et les *ḥadîth* indiscutables

Définition

Selon la terminologie religieuse, le terme sunna désigne toutes les paroles que le Prophète (ﷺ) a dites, tous les actes qu'il a accomplis, ainsi que tous les actes et dires d'autrui qu'il a acceptés ou approuvés.

Les paroles du Prophète (ﷺ), ou *sounna qawliyya*, portent le nom de *ḥadîth*. En effet, à maintes reprises, le Prophète (ﷺ) a prononcé des paroles ou un discours, à propos d'un événement ou à l'occasion

1. Note de l'auteur : Le terme sunna est souvent utilisé dans le Coran. Il signifie manière ou tradition (bonne ou mauvaise). Ex. « *Tu ne trouveras aucun changement dans la conduite (sounna) de Dieu.* » (Coran, S.33/V/62). Il a été également utilisé par le Prophète ((ﷺ)) dans le même sens, comme dans le *ḥadîth* : « Celui qui institue une bonne coutume (*sounna*) sera récompensé pour son acte et pour l'acte de tous ceux qui suivront cette coutume jusqu'au Jour dernier ; celui qui institue une mauvaise coutume sera châtié pour son acte et pour l'acte de tous ceux qui suivront cette coutume jusqu'au Jour dernier. »

d'une cérémonie, par exemple. Parmi ses *ḥadîth*, citons les exemples suivants :

— « Ne portez pas préjudice à autrui et ne vous laissez pas léser ».
— « Payez la *zakât* sur votre bétail ».
— « Son eau est pure et ses animaux morts vous sont licites » (il parlait de la mer).

Les faits et gestes du Prophète (ﷺ), ou *sounna fi'liyya*, comprennent, entre autres, la manière dont il accomplissait les rites cultuels tels que les prières obligatoires et le pèlerinage ; et la manière dont il rendait les jugements comme se satisfaire d'un seul témoin ou déférer le serment au plaignant.

Quant aux actes et dires d'autrui agréés par le Prophète (ﷺ), ou *sounna taqrîriyya*, ils consistent en tout ce qui a été dit ou fait par des Compagnons, du vivant du Prophète, en sa présence et qu'il a approuvé. Son approbation se manifestait de plusieurs manières : soit il gardait le silence et n'exprimait pas de désaccord avec ce qui avait été dit ou fait ; soit il l'acceptait en montrant sa satisfaction. Dans les deux cas, on considère l'acte ou la parole du Compagnon comme agréé par le Prophète (ﷺ). Nous citerons comme exemples les deux récits suivants :

1. Deux Compagnons étaient en voyage quand l'heure de la prière arriva. N'ayant pas d'eau pour faire leurs ablutions, ils firent les ablutions sèches (*tayammoum*) et accomplirent leur prière. Peu de temps après, ils trouvèrent de l'eau, alors que le laps de temps accordé pour accomplir ladite prière ne s'était pas totalement écoulé. L'un d'eux refit ses ablutions à l'eau et recommença sa prière. Le deuxième n'en fit rien. Ils rapportèrent au Prophète (ﷺ) ce qu'ils avaient fait. Ce dernier les approuva tous les deux. Il dit à celui qui n'avait pas refait sa prière : « Tu as suivi la sunna, ta prière est valide » et à celui qui l'avait répétée : « Tu as une double récompense ».

2. Lorsque le Prophète (ﷺ) envoya Mou'âdh au Yémen, il lui demanda :
— Comment trancheras-tu les différends portés devant toi ?
— Je rendrai mon jugement selon le Livre de Dieu.
— Et si tu ne trouves pas de solution dans le Livre de Dieu ?
— Je la chercherai dans la sunna de Son Prophète.

— Et si tu ne la trouves pas dans la sunna de Son Prophète ?

— Je mettrai à profit ma raison, et je n'épargnerai pas mes efforts pour trouver une solution. Mou'âdh rapporta que le Prophète (ﷺ) lui donna une tape sur la poitrine pour le féliciter, en disant « Louange à Dieu qui a permis au messager de Son Prophète de le satisfaire ».

AUTORITÉ JURIDIQUE ET FORCE PROBANTE

Les Musulmans reconnaissent, à l'unanimité, que les dires et actes du Prophète (ﷺ) ou ceux approuvés par lui, dont l'objectif est d'instaurer une loi ou de donner l'exemple et dont la transmission est sûre ou fiable, ont force de loi. Leur ensemble représente également une source du Droit musulman. Les *moujtahid* s'y réfèrent pour déduire des prescriptions divines (*al-a<u>h</u>kâm ach-char'îya*) s'appliquant aux faits et dires des Musulmans majeurs et responsables. Cela veut dire que les prescriptions dégagées de la sunna ont force de loi comme celles mentionnées dans le Coran.

Les preuves établissant l'autorité juridique de la sunna sont nombreuses. Tout d'abord, il y a celles qui proviennent du Coran. Dieu, le Sublime, ordonne aux Musulmans, dans plusieurs versets, d'obéir à Son Prophète (ﷺ). Il met cette obéissance sur le même plan que celle due envers Lui. Il enjoint aux Musulmans, en cas de désaccord entre eux, de se référer à Lui puis à Son Prophète (ﷺ). Il interdit aux croyants de se détourner de ce que Dieu et Son Prophète (ﷺ) ont choisi pour eux. Enfin, Il rejette la foi de ceux qui ne sont pas satisfaits par un jugement rendu par le Prophète (ﷺ). Ainsi, Dieu nous confirme que les jugements et les avis juridiques du Prophète (ﷺ) résultent d'une inspiration divine. Par conséquent, les Musulmans doivent s'y soumettre. Nous citons, ci-dessous, les textes des versets attestant de l'autorité juridique de la sunna : Dieu dit :

﴿ قُلْ أَطِيعُوا۟ ٱللَّهَ وَٱلرَّسُولَ ﴾

« *Dis : « Obéissez à Dieu et à Son Messager.* »

(Coran, S.3/V.32)

﴿ مَّن يُطِعِ ٱلرَّسُولَ فَقَدْ أَطَاعَ ٱللَّهَ ﴾

« *Quiconque obéit au Messager, obéit alors certainement à Dieu.* »

(Coran, S.4/V.80)

﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَطِيعُواْ ٱللَّهَ وَأَطِيعُواْ ٱلرَّسُولَ وَأُوْلِي ٱلْأَمْرِ مِنكُمْ ﴾

« *Ô Croyants ! Obéissez à Dieu et obéissez au Messager et à ceux d'entre vous qui détiennent l'autorité.* »

(Coran, S.4/V.59)

﴿ وَإِذَا جَآءَهُمْ أَمْرٌ مِّنَ ٱلْأَمْنِ
أَوِ ٱلْخَوْفِ أَذَاعُواْ بِهِۦ ۖ وَلَوْ رَدُّوهُ إِلَى ٱلرَّسُولِ وَإِلَىٰٓ أُوْلِي
ٱلْأَمْرِ مِنْهُمْ لَعَلِمَهُ ٱلَّذِينَ يَسْتَنۢبِطُونَهُۥ مِنْهُمْ ﴾

« *Quand leur parvient une nouvelle, ils s'empressent aussitôt de la divulguer partout, qu'elle soit rassurante ou alarmante, alors qu'ils feraient mieux de s'en remettre au Messager ou à ceux d'entre eux qui détiennent l'autorité, seuls à même d'en comprendre le sens et de l'utiliser à propos.* »

(Coran, S.4/V.83)

﴿ وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ وَلَا مُؤْمِنَةٍ إِذَا قَضَى ٱللَّهُ وَرَسُولُهُۥٓ أَمْرًا أَن يَكُونَ
لَهُمُ ٱلْخِيَرَةُ مِنْ أَمْرِهِمْ ﴾

« *Le croyant et la croyante n'ont plus à choisir sur une affaire déjà tranchée par Dieu et par Son Envoyé.* »

(Coran, S.33/V.36)

﴿فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ
حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا
فِي أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا ﴿٦٥﴾﴾

« *Non ! Par ton Seigneur ! ils ne seront de vrais croyants que lorsqu'ils te soumettront leurs différends, accepteront sans rancœur ta sentence et s'y soumettront entièrement.* »

(Coran, S.4/V.65)

﴿وَمَا آتَاكُمُ الرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَمَا نَهَاكُمْ عَنْهُ فَانتَهُوا﴾

« *Ce que le Messager vous donne, prenez-le ! Ce qu'il vous refuse, renoncez-y.* »

(Coran, S.59/V.7)

En second lieu, il y a les preuves qui proviennent du consensus des Compagnons du vivant du Prophète (ﷺ) et après sa mort. Du vivant du Prophète (ﷺ), ses Compagnons se conformaient à ses jugements et obéissaient à ses injonctions — respectaient ses interdictions, s'abstenaient de faire ce qu'il jugeait illicite et pratiquaient ce qu'il déclarait licite. Ils se soumettaient de la même manière aux prescriptions divines énoncées dans le Coran et à celles émises par le Prophète (ﷺ) lui-même. Leur attitude est illustrée par la réponse de Mou'âdh : « Si je ne trouve pas de solution dans le Livre de Dieu, je la chercherai dans la sunna de Son Prophète (ﷺ) ».

Après la mort du Prophète (ﷺ), les Compagnons se tournaient vers la sunna pour chercher la solution à un événement ou une situation sur lesquels Coran ne s'était pas prononcé. Quand Aboû Bakr se trouvait face à un cas au sujet duquel il ignorait l'avis du Prophète (ﷺ), il demandait s'il y avait parmi les Musulmans quelqu'un qui le connaissait en disant : « Y a-t-il parmi vous quelqu'un qui sait comment notre Prophète (ﷺ) traitait un tel cas ? » 'Omar faisait de même ainsi que tous ceux qui, parmi les Compagnons, ont assumé les charges de mufti ou de juge. Les Musulmans de la seconde génération (*tâbi'oûn*) n'agissaient pas autrement. Aucune personnalité musulmane connue ne nia jamais l'obligation de se soumettre à la sunna authentifiée.

Par ailleurs, le Coran a prescrit aux croyants plusieurs devoirs religieux sans pour autant parler de la manière dont il faut les accomplir, ni des règles qui les régissent. À titre d'exemple, Dieu, le Sublime, dit :

﴿ وَأَقِيمُوا الصَّلَوٰةَ وَءَاتُوا الزَّكَوٰةَ ﴾

« *Accomplissez la prière et acquittez-vous de l'aumône* »
(Coran, S.2/V.110)

﴿ كُتِبَ عَلَيْكُمُ الصِّيَامُ ﴾

« *Il vous est prescrit de jeûner.* »
(Coran, S.2/V.183)

﴿ وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ ﴾

« *Dieu prescrit aux hommes, comme devoir envers Lui, le pèlerinage à Sa Demeure.* »
(Coran, S.3/V.97)

Mais Il ne décrit ni la façon de prier, ni celle de payer la *zakât*, ni celle de faire le jeûne, ni encore celle d'accomplir le pèlerinage. C'est le Prophète (ﷺ) qui montra comment s'acquitter des devoirs cultuels, à travers ses dires et ses actes. En effet, c'est Dieu lui-même qui lui confia la mission d'expliquer Ses prescriptions aux hommes en lui disant :

﴿ وَأَنزَلْنَا إِلَيْكَ الذِّكْرَ لِتُبَيِّنَ لِلنَّاسِ مَا نُزِّلَ إِلَيْهِمْ ﴾

« *Nous t'avons révélé le Rappel pour que tu expliques clairement aux hommes ce qui a été révélé à leur intention.* »
(Coran, S.16/V.44)

Si le Prophète (ﷺ) n'avait pas donné l'exemple dans la pratique des devoirs religieux — exemple à suivre obligatoirement — il

n'aurait pas été possible de s'acquitter des actes rituels, ni d'appliquer les lois mentionnées dans le Coran. La sunna « explicative », qui a force de loi, est celle qui a été authentifiée comme provenant du Prophète (ﷺ), ceci de manière certaine ou fort probable. Par conséquent, toute parole authentique du Prophète (ﷺ) qui prescrit quelque chose dont le Coran ne parle pas, ou qui explique le contenu d'un verset coranique, possède une valeur coercitive.

La sunna par rapport au Coran

La sunna occupe la seconde position, après le Coran, par ordre d'importance comme source du Droit. Le *moujtahid* cherche tout d'abord dans le Coran la prescription qui convient au cas étudié. S'il l'y trouve il l'applique, sinon il la cherche dans la sunna, et ainsi de suite. Le Coran est donc la source fondamentale de la Loi et la sunna est la seconde.

Les liens existant entre les prescriptions de la sunna et celles du Coran sont de trois sortes :

1. Des rapports confirmatifs entre des paroles du Prophète (ﷺ) et des versets coraniques dont elles viennent appuyer le contenu. Certaines prescriptions proviennent donc de deux sources à la fois, le Coran et la sunna. Ce sont, par exemple : l'injonction de s'acquitter des actes cultuels — la prière, la *zakât*, le jeûne et le pèlerinage — et l'interdiction de commettre des péchés tels que l'idolâtrie, le faux témoignage, le reniement des parents, l'homicide, etc. Bref, toutes les injonctions et les interdictions explicitées à la fois dans le Coran et la sunna.

2. Des rapports explicatifs : Ils relient les paroles du Prophète (ﷺ) aux versets coraniques en expliquant leur contenu, en le déterminant ou en le précisant. En effet, Dieu confia au Prophète (ﷺ) le soin d'élucider aux Musulmans certains versets au sens général ou indéfini, en lui disant :

﴿وَأَنزَلْنَآ إِلَيْكَ ٱلذِّكْرَ لِتُبَيِّنَ لِلنَّاسِ مَا نُزِّلَ إِلَيْهِمْ﴾

« *Nous t'avons révélé le Rappel pour que tu expliques*

clairement aux hommes ce qui a été révélé à leur intention. »
(Coran, S.16/V.44)

Ainsi, il montra aux croyants de quelle manière accomplir la prière et leur expliqua comment s'acquitter de la *zakât* et effectuer le pèlerinage, le Coran se limitant à définir le caractère obligatoire de ces actes cultuels. Ce sont les paroles et actes du Prophète (ﷺ), la sunna *qawliyya* et *fi'liyya*, qui ont précisé le nombre de *raka'ât* par prière, le taux de la *zakât*, et les rites du pèlerinage. De même, Dieu déclara la vente licite et l'usure illicite. Le Prophète (ﷺ) se chargea de spécifier quel type de vente est valide et quel autre type ne l'est pas, et quelle forme d'usure est illicite. Dieu interdit de manger les animaux morts et la sunna expliqua que cela ne concernait pas les animaux marins, etc.

3. Des rapports complémentaires : c'est le cas lorsque la sunna apporte des prescriptions n'existant pas dans le Coran. Elle est considérée comme une source juridique complémentaire. Cela concerne les paroles du Prophète (ﷺ) qui interdisent aux hommes d'avoir comme co-épouses une femme et sa tante, de porter des habits en soie et des bijoux en or ou qui déclarent illicite la chair des carnassiers et des rapaces. Citons à titre d'exemple le *hadîth* suivant qui dit : « Ce qui est interdit par les liens du sang l'est aussi par les liens créés par l'allaitement ». Entrent dans cette catégorie, toutes les prescriptions présentes uniquement dans la sunna, qu'elles aient été inspirées par Dieu à Son Prophète (ﷺ) ou qu'elles résultent de l'effort de raisonnement de ce dernier.

L'imam ach-Châfi'î dit à propos des rapports existant entre la sunna et le Coran : « À ma connaissance, tous les *'oulamâ'* s'accordent sur le fait que la sunna comprend trois catégories : la première regroupe les paroles qui confirment les textes révélés par Dieu, la deuxième comprend les paroles qui expliquent les textes révélés ayant une portée générale, et la troisième renferme toutes les prescriptions faites par le Prophète (ﷺ) et n'existant pas dans le Coran. »

Il importe de préciser que les lois résultant du raisonnement personnel du Prophète (ﷺ) sont fondées sur la logique du Coran. En effet, le Prophète (ﷺ) a parfaitement assimilé l'esprit des lois coraniques et ses prescriptions ont été soit le fruit d'un raisonnement analogique par rapport au Coran, soit le résultat de l'application des principes et règles coraniques sur le cas en question.

Pour conclure, les prescriptions de la sunna sont soit confirmatives, soit explicatives, soit complémentaires à celles du Coran. Elles se basent ainsi sur le Coran et ne peuvent être en contradiction avec lui.

LA CLASSIFICATION DES *HADÎTH* SELON LEURS CHAÎNES DE RAPPORTEURS[1]

Les récits de la sunna se répartissent en trois catégories selon le nombre et la qualité des personnes qui les rapportèrent du Prophète (ﷺ), à savoir :

1. La sunna *moutawâtira*, ou avérée ;
2. La sunna *machhoûra,* ou notoire ;
3. La sunna *âhâd,* transmise par un nombre restreint de rapporteurs.

La sunna *moutawâtira* regroupe tous les propos et actes du Prophète (ﷺ) relatés par un si grand nombre de rapporteurs intègres et justes qu'on ne doute jamais de la véracité de leurs récits. Ceux-ci les ont transmis de génération en génération, formant ainsi une chaîne de rapporteurs continue depuis l'époque du Prophète (ﷺ) jusqu'à aujourd'hui. Chaque maillon de cette chaîne est composé d'un grand nombre de personnes véridiques et dignes de confiance, appartenant à des générations successives.

Les récits des actions du Prophète (ﷺ) relatives au culte appartiennent à la catégorie de sunna *moutawâtira* (avérée). Il s'agit des récits décrivant comment le Prophète (ﷺ) accomplissait les actes cultuels (la prière, le jeûne, l'appel à la prière, le pèlerinage). Ces enseignements, les Musulmans, en grand nombre, les reçurent directement du Prophète (ﷺ). Puis, à leur tour, ils les enseignèrent aux générations suivantes, sans qu'intervienne la moindre modification malgré les changements d'époque et de lieu. Par contre les récits de paroles prononcées par le Prophète (ﷺ), eux, sont rarement qualifiés de sunna *moutawâtira*.

1. Ils sont désignés par le terme arabe *sanad*, quant au terme *matn* il désigne le contenu du *hadîth*.

La sunna qualifiée de notoire (*machhoûra*) comprend les paroles et actes du Prophète (ﷺ) rapportées par un petit nombre de Compagnons, mais qui nous ont été transmises par un grand nombre de rapporteurs appartenant aux générations suivantes et successives. Donc, ceux qui relatèrent ce type de sunna directement du Prophète (ﷺ) ne dépassaient pas le nombre de deux ou trois ; par contre, nombreux furent ceux qui la rapportèrent par la suite et ceci de génération en génération, jusqu'à aujourd'hui. Dans cette catégorie figurent les *ḥadîth* relatés par 'Omar ibn al-Khaṭṭâb, 'Abdallâh ibn Mas'oûd ou Aboû Bakr, puis transmis par plusieurs rapporteurs dignes de confiance. Citons comme exemples les *ḥadîth* suivants :

— « Les actes ne valent que par les intentions qui les motivent. »
— « L'Islam est fondé sur cinq piliers. »
— « Ne portez pas préjudice à autrui et ne vous laissez pas léser. »

La différence entre la sunna *moutawâtira* (avérée) et la sunna *machhoûra* (notoire) réside dans le fait suivant : la chaîne des transmetteurs de la première est continue et chacun de ses maillons se compose d'un grand nombre de personnes, ceci depuis la première génération qui a directement entendu la parole du Prophète (ﷺ) ou été témoin de son acte. La chaîne des rapporteurs de la deuxième est également continue, mais le maillon qui la relie au Prophète (ﷺ) ne compte qu'un nombre restreint de personnes, voire une seule, les autres maillons comprenant un grand nombre de transmetteurs.

La sunna *âḥâd*, quant à elle, consiste en des paroles ou actes du Prophète (ﷺ) rapportés successivement par un petit nombre de personnes, ceci tout au long de la chaîne de transmission. La majorité des *ḥadîth* rassemblés dans les recueils de la sunna appartiennent à cette catégorie. On les appelle "*khabar al-wâḥid*", ce qui signifie récit d'un seul.

LES *ḤADÎTH* INDISCUTABLES ET LES *ḤADÎTH* CONJECTURAUX

La sunna *moutawâtira* (avérée) est authentifiée, d'une manière sûre et certaine, comme correspondant aux paroles et faits du Prophète (ﷺ). Comme elle fut transmise par de nombreuses personnes

intègres et dignes de confiance, aucun doute n'existe quant à sa provenance. La sunna *machhoûra* (notoire) est authentifiée comme étant des récits relatés par un ou plusieurs Compagnons du Prophète. On est sûr qu'elle provient de ces hommes illustres, mais on ne peut affirmer de manière absolue qu'elle émane du Prophète (ﷺ). Sa force probante est donc moindre que celle de la sunna *moutawâtira*. Les juristes hanafites lui accordent toutefois la même valeur qu'à cette dernière, parce qu'ils ne doutent pas de la véracité des propos rapportés par un Compagnon. Par conséquent, ils s'y réfèrent pour restreindre une prescription coranique générale ou pour qualifier une loi indéfinie. Ainsi, la sunna *machhoûra* a un statut intermédiaire entre la sunna *moutawâtira* et la sunna *âḥâd*. Que cette dernière provienne du Prophète (ﷺ) n'est que probable, puisque sa transmission ne suffit pas à établir avec certitude son authenticité.

Jusqu'ici, nous avons traité de la façon dont les actes et dires du Prophète (ﷺ) ont été transmis de son époque jusqu'à la nôtre. Considérons maintenant leur contenu et leur sens. Les *ḥadîth* dont le texte n'admet qu'une seule et unique interprétation sont indiscutables, tandis que ceux dont le texte renferme plus d'un sens sont conjecturaux.

Une comparaison entre le Coran et la sunna conduit au résultat suivant :

— Pour ce qui est de l'origine : tous les textes coraniques sont d'origine divine, sans le moindre doute possible. Un certain nombre de textes appartenant à la sunna sont authentifiés comme émanant du Prophète (ﷺ). Il en est de même d'autres, mais de manière moins sûre, alors que l'origine prophétique de certains autres n'est que fort probable ;

— Pour ce qui est du contenu : certains textes coraniques sont indiscutables et d'autres sont conjecturaux. Quel que soit le degré de certitude lié à leur transmission, les textes de la sunna peuvent également être soit conjecturaux soit indiscutables.

Notons, toutefois, que le Musulman se doit de respecter et de suivre la sunna, qu'elle soit *moutawâtira* — parce qu'il est sûr qu'elle provient du Prophète (ﷺ) —, qu'elle soit *machhoûra* ou sunna *âḥâd* — parce que la probabilité qu'elle émane du Prophète (ﷺ) est forte, en raison de l'intégrité des rapporteurs.

En effet, il suffit de juger une parole ou un geste comme fort probable pour le suivre ou le prendre en compte, à l'instar des cas suivants :

— le juge peut asseoir sa décision sur un témoignage jugé fort probable.

— lorsqu'on n'est pas sûr de la direction de La Mecque et que l'on fait la prière en se prosternant vers une direction présumée être la bonne, la prière est valide.

— plusieurs prescriptions divines sont fondées sur une compréhension des Textes jugée fort probable.

Par ailleurs, n'accepter, dans tous les domaines pratiques, que les choses sûres et certaines, compliquerait beaucoup la vie des gens.

Quel statut est attaché aux faits et dires du Prophète (ﷺ) en tant qu'être humain ?

Les Musulmans doivent suivre le Prophète (ﷺ) dans ses faits et gestes dont l'objectif est de leur apprendre la religion. Ils ne doivent pas oublier, toutefois, que le Prophète (ﷺ) est un être humain comme les autres, choisi par Dieu pour être Son messager, comme l'indique le verset :

﴿ قُلْ إِنَّمَآ أَنَا۠ بَشَرٌ مِّثْلُكُمْ يُوحَىٰٓ إِلَيَّ ﴾

« *Dis : « Je ne suis qu'un être humain comme vous, il m'est révélé...* »

(Coran, S.18/V.110)

Cela implique que :

1. Comme tous les êtres humains, il s'asseyait, se levait, marchait, dormait, mangeait, buvait... Tous ces gestes relevant de son humanité, et non de sa mission prophétique, n'ont pas de portée législative, sauf là où une preuve indique qu'il a accompli tel acte de telle manière afin de montrer l'exemple aux Musulmans.

2. Le Prophète (ﷺ) se comportait parfois suivant son expérience personnelle de l'existence. Il lui arrivait de donner son avis en matière

de commerce, d'agriculture, de stratégie militaire et de médecine. Là encore, ce n'était pas le Prophète (ﷺ) qui agissait, mais l'homme d'expérience. Par exemple, lors de l'une de ses batailles contre les païens, il ordonna à son armée de prendre position à un endroit. Des Compagnons lui demandèrent si son choix était guidé par Dieu ou s'il résultait de sa propre stratégie. Il répondit : « C'est une manœuvre et une ruse de guerre ». Un des Compagnons lui dit alors : « Ce n'est pas le bon endroit », et il lui en indiqua un autre plus stratégiquement situé. De même, quand il s'installa à Médine, il remarqua que les Médinois procédaient à une pollinisation artificielle de leurs palmiers et leur interdit cette pratique. Ils lui obéirent, mais la récolte de cette saison fut médiocre. Le Prophète (ﷺ) leur dit alors : « Dans ce cas, fécondez vos palmiers. Vous êtes meilleurs connaisseurs que moi dans les affaires de votre vie profane ».

3. Certains comportements qui sont spécifiques au Prophète (ﷺ) ne doivent pas être suivis par le commun des Musulmans. Ainsi, il épousa plus de quatre femmes, alors que le Coran limite à quatre le nombre des co-épouses :

﴿ فَٱنكِحُوا۟ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ مَثْنَىٰ وَثُلَٰثَ وَرُبَٰعَ ﴾

« *Vous pouvez épouser deux, trois ou quatre femmes parmi celles qui vous plaisent.* »

(Coran, S.4/V.3)

Il prononça la culpabilité de quelqu'un en se basant sur un seul témoignage, alors que les Textes requièrent la présence de deux témoignages.

Notons enfin que les jugements rendus par le Prophète (ﷺ) doivent être envisagés sous deux aspects : le premier concerne sa manière d'instruire la vérité et le deuxième sa manière de rendre les jugements selon les évidences fournies par l'instruction. La manière d'instruire relève de son jugement personnel, elle n'a donc pas de valeur coercitive. Mais ses jugements doivent être suivis parce qu'ils relèvent du Droit musulman dont il est l'une des sources. À titre d'exemple, un récit d'Oumm Salama rapporté par al-Boukhârî raconte que le Prophète, ayant entendu deux personnes qui se disputaient

devant sa porte, leur dit : « Je ne suis qu'un être humain devant lequel vous portez vos différends. Il se peut que l'un de vous soit plus éloquent que son adversaire en formulant sa plainte, que je croie ce qu'il dit et que je tranche en sa faveur. Sachez que, si je vous accorde ce qui revient de droit à un autre Musulman, cela sera comme si je vous donnais une poignée de braises. Prenez-la si vous le voulez ou abstenez-vous en. »

En conclusion, les faits et dires du Prophète (ﷺ) répertoriés sous les trois formes ci-dessus font partie de sa sunna en tant que biographie, non en tant que sunna source de Droit. Seule cette dernière doit être appliquée et suivie par les Musulmans.

Le terme sunna (tel qu'il est utilisé dans la présente étude) désigne donc les faits et dires du Prophète, ainsi que ses positions pour ou contre les actions d'autrui, dont le but est d'instaurer une loi ou de montrer l'exemple.

La troisième source

Al-ijmâ' : le consensus

1. Définition
2. Les conditions
3. Sa force probante
4. Les cas possibles de consensus
5. Les cas effectifs de consensus
6. Les types de consensus

Définition

Le terme arabe *ijmâ'* signifie le consensus sur un cas juridique de tous les *moujtahid* d'une même époque postérieure à celle du Prophète (ﷺ).

Lorsqu'un cas juridique se présente à une époque donnée, et que tous les *moujtahid* s'accordent pour prononcer un même avis le concernant, leur accord est appelé *ijmâ'* (consensus). Le jugement résultant de ce consensus acquiert le statut de loi religieuse.

Dans la définition, il est bien précisé que l'on ne parle de consensus (*ijmâ'*) qu'après la mort du Prophète (ﷺ). En effet, de son vivant, c'est à lui que revenait la tâche de prononcer des avis juridiques qui ne donnaient alors pas lieu à des conflits d'opinion. Sans conflit à son époque, on ne peut donc utiliser le terme consensus.

Les conditions de *l'ijmâ'*

Les conditions du consensus (*al-ijmâ'*) se déduisent de sa défini-

tion, qui stipule qu'il n'est prononcé que par les *moujtahid* d'une même époque. D'où les quatre conditions de l'*ijmâ'* :

1. Qu'il existe plusieurs *moujtahid* vivant à l'époque du cas juridique à étudier : pour qu'il y ait accord, il faut différents avis qui se rejoignent. Si ladite époque ne compte qu'un seul *moujtahid* ou aucun, il n'y a alors pas lieu de parler de consensus. Cela s'applique à l'époque du Prophète (ﷺ) durant laquelle celui-ci fut le seul *moujtahid*.
2. L'accord sur un jugement unique au sujet du cas juridique : tous les *moujtahid* du monde musulman doivent être unanimes quant au jugement, quelle que soit leur race, leur nationalité ou leur tendance. Si l'accord ne se fait qu'entre les *moujtahid* des Lieux Saints (La Mecque et Médine), ou entre ceux de l'Irak ou du Hijâz ou entre les sunnites à l'exclusion des chiites (quoique ce dernier cas puisse se discuter), dans tous ces cas, on ne peut parler de consensus (*ijmâ'*), mais seulement d'accord entre un nombre précis de *moujtahid*. Répétons donc que l'*ijmâ'* n'est valide que lorsqu'il fait l'unanimité de tous les spécialistes en la matière.
3. Chaque *moujtahid* se doit de formuler son avis de manière explicite : cet avis peut revêtir la forme d'une fatwa ou d'une sentence prononcée lors d'un procès. Il se peut que chacun des *moujtahid* donne son avis de façon indépendante, puis qu'en comparant les différents avis de chacun, on s'aperçoive qu'ils concordent ; il se peut aussi qu'on réunisse tous les *moujtahid*, qu'ils examinent ensemble le cas juridique, se concertent et donnent un avis commun.
4. L'avis doit être émis à l'unanimité : si l'avis n'est obtenu que par l'accord de la majorité, il n'est pas considéré comme un cas de *ijmâ'*. Même si les opposants sont minoritaires, le fait qu'il en existe prouve qu'il y a une possibilité d'erreur dans l'avis prononcé. Donc, il ne peut avoir la force probante d'une prescription divine.

Sa force probante

Si les quatre conditions de l'*ijmâ'* sont réunies de la manière suivante : À une époque postérieure à la mort du Prophète (ﷺ), un cas juridique est présenté devant l'ensemble des *moujtahid* contemporains, quel que soit leur pays, leur nationalité ou leur tendance. Chacun d'eux exprime clairement son avis, individuellement ou

collectivement. Leurs avis se rejoignent unanimement en un seul. Alors, cet avis juridique devient une loi religieuse coercitive. Si le même cas se présente aux *moujtahid* des époques suivantes, ils doivent adopter le jugement prononcé par leur prédécesseurs et s'abstenir de tout nouvel effort de réflexion sur ledit cas. Ainsi, une loi religieuse résultant de l'*ijmâ'* est définitive, indiscutable et ne peut être ni contredite ni abrogée.

Les preuves confirmant la force probante de l'*ijmâ'* sont les suivantes :

1. Dans le Coran, Dieu enjoint aux croyants de Lui obéir, d'obéir à Son Prophète (ﷺ) et aussi à ceux exerçant l'autorité parmi les Musulmans en disant :

﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓا۟ أَطِيعُوا۟ ٱللَّهَ وَأَطِيعُوا۟ ٱلرَّسُولَ وَأُو۟لِى ٱلْأَمْرِ مِنكُمْ﴾

« Ô Croyants ! Obéissez à Dieu, obéissez au Messager et à ceux d'entre vous qui détiennent l'autorité... »

(Coran, S.4/V.59)

L'autorité mentionnée dans ce verset couvre les affaires de la vie profane et celles de la vie religieuse. Ceux qui exercent l'autorité dans la vie profane sont les monarques et les gouvernants, quant à ceux qui l'exercent en matière de religion ce sont les *moujtahid* et les muftis. Certains exégètes du Coran, dont l'illustre Ibn 'Abbâs, interprétèrent les termes « *ceux d'entre vous qui détiennent l'autorité* » comme désignant les spécialistes des sciences religieuses, alors que d'autres les interprétèrent comme désignant les princes ou les gouvernants. L'interprétation la plus plausible est celle qui associe les deux précédentes. Chacun des groupes détenteurs d'autorité doit être obéi dans son domaine propre. Lorsque ceux qui exercent l'autorité dans le domaine juridique, à savoir les *moujtahid,* sont unanimes sur un jugement, il faut appliquer ce jugement conformément à l'injonction coranique.

Dieu dit :

﴿وَإِذَا جَآءَهُمْ أَمْرٌ مِّنَ ٱلْأَمْنِ﴾

﴿ أَوِ ٱلْخَوْفِ أَذَاعُوا۟ بِهِۦ ۖ وَلَوْ رَدُّوهُ إِلَى ٱلرَّسُولِ وَإِلَىٰٓ أُو۟لِى ٱلْأَمْرِ مِنْهُمْ لَعَلِمَهُ ٱلَّذِينَ يَسْتَنۢبِطُونَهُۥ مِنْهُمْ ۗ ﴾

« *Quand leur parvient une nouvelle, ils s'empressent aussitôt de la divulguer partout, qu'elle soit rassurante ou alarmante, alors qu'ils feraient mieux de s'en remettre au Messager ou à ceux d'entre eux qui détiennent l'autorité, seuls à même d'en comprendre le sens et de l'utiliser à propos.* »

(Coran, S.4/V.83)

Il menace ceux qui s'opposent au Prophète (ﷺ) en disant :

﴿ وَمَن يُشَاقِقِ ٱلرَّسُولَ مِنۢ بَعْدِ مَا تَبَيَّنَ لَهُ ٱلْهُدَىٰ وَيَتَّبِعْ غَيْرَ سَبِيلِ ٱلْمُؤْمِنِينَ نُوَلِّهِۦ مَا تَوَلَّىٰ وَنُصْلِهِۦ جَهَنَّمَ ۖ وَسَآءَتْ مَصِيرًا ﴿١١٥﴾ ﴾

« *Quiconque se sépare du Messager, après avoir eu pleine connaissance de la bonne direction, et suit une voie autre que celle des croyants, celui-là Nous l'abandonnerons dans la voie qu'il aura choisie et le précipiterons dans la Géhenne. Quel triste devenir !* »

(Coran, S.4/V.115)

Ainsi, le Coran compare et identifie celui qui contredit le Prophète (ﷺ) à celui qui se détourne de la voie suivie par les croyants.

2. L'avis unanime des *moujtahid* est en réalité celui de toute la communauté musulmane, qu'ils représentent. Or, de nombreux *hadîth* du Prophète (ﷺ) et paroles des Compagnons affirment que la communauté musulmane dans son ensemble ne peut se tromper. Le Prophète (ﷺ) dit à ce propos :

— « Ma communauté ne s'accorde jamais sur l'erreur ».

— « Certes, Dieu ne permet pas que ma communauté soit unanimement favorable à une hérésie ».

— « Ce que les Musulmans jugent bon, Dieu le juge bon aussi ».

En effet, si les *moujtahid* se prononcent à l'unanimité sur un avis juridique, malgré leurs différences d'opinions et d'environnement, c'est qu'ils sont guidés par les mêmes principes et qu'ils tendent vers une vérité unique. Ainsi, leur bon sens l'emporte sur les facteurs de divergence.

3. Le consensus sur un avis juridique — qui équivaut à une loi religieuse — doit être fondé sur une source reconnue par la charia, car l'effort de réflexion du *moujtahid* se situe dans un cadre bien déterminé, dont il ne doit pas dépasser les limites. S'il existe un texte concernant le sujet de réflexion, la tâche du *moujtahid* s'arrête à comprendre le texte et à en extraire la prescription adéquate à la situation. Si le texte fait défaut, le *moujtahid* déploie un effort de raisonnement analogique (*qiyâs*) à partir des textes se rapprochant le plus du cas étudié, ou en appliquant les principes fondamentaux de la charia. Sinon, il utilise des procédés qu'elle autorise, à savoir le choix préférentiel (*al-istiḥsân*) et la présomption de continuité (*al-istiṣḥâb*), ou encore, il prend en considération l'usage (*'ourf*) et l'intérêt public (*al-maṣlaḥa al-moursala*).

Puisque l'effort de réflexion du *moujtahid* doit nécessairement se baser sur une indication reconnue par la charia, l'accord de tous les *moujtahid* est considéré comme une preuve de l'existence d'une telle indication appuyant fermement l'avis qui résulte du consensus. Ainsi, on écarte la possibilité d'un accord établi sur un sens probable, parce qu'on sait, a priori, que les textes conjecturaux donnent lieu à plusieurs interprétations, vu que chaque *moujtahid* raisonne d'une manière qui lui est spécifique.

L'objet du consensus peut être un avis juridique sur un cas précis, l'interprétation d'un texte, ou la démonstration du bien-fondé d'une loi.

Les cas possibles de consensus (*al-ijmâ'*)

Certains *'oulamâ'*, dont an-Nadhdhâm et des théologiens chiites, affirment que l'*ijmâ'*, tel qu'il a été défini dans les paragraphes ci-dessus, ne peut se réaliser, parce qu'il est en réalité impossible de réunir les conditions citées. En effet, il n'y a pas de critères fixes qui permettent de dire : cette personne est compétente en matière d'*ijtihâd* et cette autre ne l'est pas. En outre, il n'existe pas de définition unifor-

me qui distingue celui qui est *moujtahid* de celui qui ne l'est pas. On ne peut donc déterminer parfaitement quels sont les *moujtahid* émérites.

Supposons que l'on connaisse tous les *moujtahid* du monde islamique, lorsque survient le cas à étudier ; on se trouve toutefois incapable de connaître, d'une manière sûre ou quasi sûre, quels sont leurs avis respectifs concernant ledit cas. Ils vivent sur des continents différents, dans des pays éloignés les uns des autres, appartiennent à des peuples divers et à des tendances non identiques. Par conséquent, il n'est possible ni de les réunir, ni de les consulter en même temps, ni encore de rapporter fidèlement, aux uns et aux autres, les avis de leurs confrères.

Supposons, maintenant, que l'on connaisse bien les *moujtahid*, que l'on puisse avoir leur avis de manière sûre, comment être certain que l'un d'eux ne va pas changer d'avis après l'avoir donné, pendant que l'on demande l'avis des autres ? Qui nous garantit qu'il ne va pas se rendre compte d'une erreur qui annulera son jugement ? Or, l'une des conditions de l'*ijmâ'* est de représenter le consensus de tous les *moujtahid* au même moment.

Parmi les arguments confirmant l'impossibilité du consensus, citons encore ce qui suit : le consensus sur un cas quelconque doit être confirmé par une indication religieuse (*ad-dalîl*), puisqu'il a été mentionné précédemment que le *moujtahid* doit se référer à un texte. Si l'indication suivie par les auteurs du consensus est indiscutable, elle est sans doute de notoriété publique. Les Musulmans la connaissent alors forcément et n'ont pas besoin de l'avis des *moujtahid*. Si cette indication est conjecturale, elle engendre une divergence d'opinions plutôt qu'un consensus. Il est donc impossible d'établir un consensus en se référant à un texte conjectural.

Dans son livre "Al-aḥkâm", Ibn Ḥazm rapporte que 'Abdallâh ibn Aḥmad ibn Ḥanbal a tenu les propos suivants : Mon père [Aḥmad ibn Ḥanbal] disait : « Celui qui prétend qu'il y a eu un consensus ment. Il se peut que les gens [les spécialistes] se soient contredits à propos de la question [dont il parle] et qu'il ne le sache pas. Il vaut mieux dire : à ma connaissance, il n'y a pas eu de conflit d'opinions sur cette question ».

La majorité des *'oulamâ'* penchent toutefois pour la possibilité de réaliser l'*ijmâ'*. Ils soutiennent que nier cette possibilité revient à mettre en doute quelque chose qui existe réellement, et que la

meilleure preuve que le consensus est possible réside dans le fait qu'il a effectivement été réalisé. Ils citent, pour appuyer leurs propos, un certain nombre de cas de consensus, tels que : la nomination d'Aboû Bakr comme Calife, l'interdiction de la consommation de la graisse de porc, l'octroi du sixième de l'héritage à la grand-mère du défunt, la privation des petits-fils de l'héritage de leur grand-père au cas où leur père est décédé avant ce dernier, etc.

À notre avis, l'*ijmâ'*, tel qu'il a été défini plus haut, est irréalisable dans le cas où on ne confie pas la tâche à des spécialistes ; il est tout à fait réalisable, si les États musulmans le prennent en charge. Chaque État définit les critères de sélection de ses *moujtahid*, et dispense des licences aux personnes compétentes. Ainsi, chaque État peut connaître le nombre de ses *moujtahid* et leur demander leur avis le cas échéant, collectivement ou individuellement. Tous les États musulmans peuvent donc communiquer l'avis unanime de leurs *moujtahid*, le considérer comme ayant force de loi pour tous les Musulmans, et réaliser l'*ijmâ'* sur une question donnée.

Les cas effectifs de consensus

L'*ijmâ'*, tel qu'il a été défini plus haut, a-t-il déjà été réalisé à une époque quelconque après celle du Prophète (ﷺ) ? La réponse est non. Prenons, par exemple, les cas de jugement consensuel émis par les Compagnons : on qualifie leur consensus d'*ijmâ'*, mais en réalité il ne s'agit que d'un avis concerté entre un groupe de personnes présentes à un moment donné, possédant le savoir et la compétence nécessaires pour juger du cas porté devant elles. Il vaut mieux appeler cela un avis résultant de la concertation plutôt que d'un effort personnel.

Quand il devait rendre un jugement et qu'il ne trouvait la réponse ni dans le Livre ni dans la sunna, Aboû Bakr réunissait les plus illustres et les plus savants des Musulmans, leur demandait leur avis et s'appliquait à suivre le jugement résultant de leur consensus. Certes, ces illustres Musulmans qu'Aboû Bakr réunissait n'étaient pas tout ce que comptait le monde musulman comme éminences. En effet, de nombreux Compagnons se trouvaient, par exemple, à La Mecque, en Syrie ou au Yémen, ou encore sur le champ de bataille. Aboû Bakr n'a cependant jamais différé son jugement en attendant de réunir les avis de tous les Compagnons dispersés dans le monde musulman. Il

appliquait l'avis de ceux présents, se basant sur le fait qu'un avis collectif est toujours plus équitable qu'un avis individuel. 'Omar suivait aussi l'exemple d'Aboû Bakr. C'est cette pratique que les juristes ont appelée *ijmâ'* : appellation qui désigne l'avis juridique collectif.

Ce procédé n'était couramment suivi qu'à l'époque des Compagnons, et au cours de quelques Califats omeyyades en Andalousie, où fut constitué, dans le courant du deuxième siècle de l'Hégire, un collectif de spécialistes des sciences religieuses auquel on se référait pour élaborer de nouvelles lois. Dans les biographies des *'oulamâ'* andalous, on lit souvent qu'un tel faisait partie de ce collectif.

À part les époques mentionnées ci-dessus, aucune autre n'a connu de cas d'*ijmâ'*. Chaque *moujtahid* déployait son propre effort pour répondre aux cas juridiques qui lui étaient soumis, dans son pays et sa société. Donc, la législation résultait d'un effort individuel et non d'une concertation émanant d'un groupe de personnes compétentes. Il arrivait que les avis concordent, comme ils pouvaient s'opposer. Tout ce qu'un juriste pouvait dire, c'était : je ne connais pas de désaccord sur cette question.

Les genres de consensus

Il existe deux types d'*ijmâ'* :

1. Le consensus explicite (*al-ijmâ' as-sarîh*) : tous les *moujtahid* d'une époque donnée expriment leur accord sur un avis juridique de manière explicite. Chacun d'eux prononce une fatwa ou un jugement qui conforte cet avis. Donc ils affirment leur consensus par un acte ou une parole.
2. Le consensus implicite (*al-ijmâ' as-soukoûtî*) : une partie des *moujtahid* d'une époque quelconque s'expriment clairement sur un cas juridique, en rendant un jugement ou en prononçant une fatwa ; le reste des *moujtahid* n'exprime aucun avis, ni pour ni contre celui des premiers.

Le premier type, l'explicite, est le vrai consensus. Il acquiert la force probante d'une indication religieuse, selon les écoles doctrinales majoritaires. Le deuxième type, l'implicite, a une valeur moindre parce que se taire ne signifie pas nécessairement être d'accord. Par

conséquent, on n'est pas certain qu'il y ait un consensus. Selon la majorité des juristes, il ne possède donc pas la force probante d'une indication religieuse. Il est considéré comme l'avis de quelques *moujtahid*.

Les *'oulamâ'* hanafites adoptent toutefois, face au consensus implicite, une attitude qui leur est spécifique ; ils pensent qu'il a force probante dans le cas suivant : lorsqu'on est sûr que le *moujtahid* qui a gardé le silence a été consulté et a eu suffisamment de temps pour examiner le cas juridique porté devant lui et se faire une opinion. Pour que son silence soit considéré comme une acceptation de l'avis déjà prononcé par d'autres, il faut écarter tout soupçon de pression, de peur, d'incapacité ou de désinvolture, dans le comportement de ce *moujtahid*. En effet, le silence observé par un *moujtahid* sollicité par les Musulmans, en l'absence de contrainte, ne peut exprimer que son accord avec ce qui a déjà été dit. Sinon, il ne saurait se taire.

Quant à nous, nous penchons pour la position adoptée par la majorité. Le silence d'un *moujtahid* peut être dû à de nombreux facteurs, dépendant ou non de lui, qu'il est impossible de cerner avec précision. On ne peut donc affirmer qu'il s'agisse d'une acceptation. Celui qui ne se prononce pas sur un cas juridique doit être considéré comme sans opinion, et non comme favorable ou défavorable au consensus. La majorité des cas d'*ijmâ'* recensés sont des cas de consensus implicite.

L'*ijmâ'* peut, en outre, être indiscutable ou conjectural. *L'ijmâ'* explicite est indiscutable, c'est-à-dire qu'il donne lieu à un jugement définitif qui doit être appliqué à tous les cas semblables. L'*ijmâ'* implicite est conjectural. Le jugement qui en résulte est fort probable, mais non définitif. Si des cas semblables se présentent aux Musulmans, ils peuvent faire à nouveau l'objet d'un *ijtihâd*.

La quatrième source

Al-qiyâs : le raisonnement analogique

1. Définition
2. Sa force probante
3. Ses constituants :
   Le cas principal et le cas subsidiaire
   Le jugement et la raison d'être du jugement

Définition

Selon la terminologie des *ou̲soûlî*, le *qiyâs* (raisonnement analogique) désigne la procédure consistant à juger un cas juridique non mentionné dans les Textes, en le comparant à un autre semblable, pour lequel une prescription existe dans un texte.

Lorsqu'une prescription est définie par un texte à propos d'un cas précis, et que la raison d'être en est connue grâce à l'un des moyens permettant de connaître la raison d'être des prescriptions, si un cas nouveau se présente et que l'on y retrouve la raison d'être de la première prescription, on lui applique alors la prescription du premier cas, vu que c'est la raison d'être qui détermine la prescription.

Pour illustrer cette définition, voici quelques exemples d'analogie tirés du droit religieux et du droit positif :

1. Boire du vin est un acte interdit par un texte coranique :

﴿ إِنَّمَا ٱلْخَمْرُ وَٱلْمَيْسِرُ وَٱلْأَنصَابُ وَٱلْأَزْلَٰمُ رِجْسٌ مِّنْ عَمَلِ ٱلشَّيْطَٰنِ فَٱجْتَنِبُوهُ ﴾

« Oui, le vin, le jeu de hasard, les pierres dressées, les flèches divinatoires ne sont autre chose qu'une souillure diabolique. Donc évitez-les. »

(Coran, S.5/V.90)

La raison d'être de l'interdiction est que le vin produit l'ivresse : par analogie, toute boisson produisant l'ivresse est interdite.

2. Selon la parole du Prophète (ﷺ), celui qui tue un membre de sa famille ne peut hériter de lui : « le meurtrier n'hérite pas [de sa victime] ». La raison d'être de cette prescription est que le meurtrier a provoqué la mort pour obtenir son héritage immédiatement. Il en est alors privé et est puni pour son acte. Pour la même raison, si le bénéficiaire d'un testament tue l'auteur de ce dernier, il est privé de ce qui lui a été légué.

3. Selon le verset :

﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓا۟ إِذَا نُودِىَ لِلصَّلَوٰةِ مِن يَوْمِ ٱلْجُمُعَةِ فَٱسْعَوْا۟ إِلَىٰ ذِكْرِ ٱللَّهِ وَذَرُوا۟ ٱلْبَيْعَ ﴾

« Ô vous qui croyez ! Lorsque se fait entendre, le vendredi, l'appel à la prière, empressez-vous de vous y rendre pour invoquer Dieu et laissez tout négoce. »

(Coran, S.62/V.9)

Le Coran réprouve que l'on se livre au commerce depuis l'appel à la prière du vendredi jusqu'à la fin de cette prière. La raison d'être de cette prescription est la suivante : s'occuper à vendre empêche d'accomplir la prière collective. Par analogie, les autres sortes de transactions sont également considérées comme réprouvées à ce moment-là.

4. Le droit civil stipule qu'un document signé par une personne engage sa responsabilité personnelle, la signature constituant la preuve de son identité. Par analogie, un document portant l'empreinte digitale d'une personne, en guise de signature, est considéré comme la

preuve de son engagement.

5. D'après le code pénal, voler ses ascendants, ses descendants ou son conjoint n'est passible de sanction que lorsque la personne volée porte plainte. De même, si quelqu'un escroque un membre de sa famille, lui extorque de l'argent, lui donne un chèque sans provision, dilapide sa fortune, etc., il n'est puni que lorsque sa victime porte plainte contre lui.

Dans tous ces exemples, le jugement d'un cas mentionné dans un texte juridique est appliqué à un cas semblable non mentionné dans les Textes. Ces analogies sont fondées sur une commune raison d'être du jugement (*al-'illa*). Le *qiyâs*, c'est donc le raisonnement analogique qui permet de comparer les cas juridiques et d'appliquer les jugements des uns aux autres.

Sa force probante

La majorité des *'oulamâ'* reconnaissent le *qiyâs* comme la quatrième source du Droit musulman. Ainsi, si les Textes ou le consensus (*al-ijmâ'*) font défaut, on procède à un raisonnement analogique entre le cas juridique étudié et un autre similaire, pour lequel une prescription existe dans l'une des trois premières sources (le Coran, la sunna ou le consensus), sur la base de la raison d'être de la prescription. Un tel raisonnement permet d'appliquer le jugement du premier cas au deuxième. Ceux qui pratiquent le *qiyâs* et l'approuvent sont qualifiés de *mouthbitoû al-qiyâs* (les partisans du *qiyâs*).

Ceux qui rejettent le *qiyâs* comme source du Droit musulman, qualifiés de *noufât al-qiyâs* (les opposants au *qiyâs*), appartiennent aux deux écoles sunnites nadhamite (*an-nadhâmiya*) et dhahirite (*adh-dhâhiriya*), et à certaines écoles chiites.

Les arguments des partisans du *qiyâs*

Ils tirent leurs arguments du Coran, de la sunna, des paroles des Compagnons et de la logique.

1. Pour ce qui est du Coran, ils s'appuient en particulier sur certains versets :

Le premier est tiré de la sourate 4, *an-Nisâ'*, « Les femmes » :

﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَطِيعُواْ ٱللَّهَ وَأَطِيعُواْ ٱلرَّسُولَ وَأُوْلِي
ٱلْأَمْرِ مِنكُمْۖ فَإِن تَنَٰزَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى ٱللَّهِ وَٱلرَّسُولِ إِن كُنتُمْ
تُؤْمِنُونَ بِٱللَّهِ وَٱلْيَوْمِ ٱلْأٓخِرِۚ ذَٰلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا ٥٩ ﴾

« *Croyants ! Obéissez à Dieu, obéissez au Prophète et à ceux d'entre vous qui détiennent l'autorité. En cas de désaccord entre vous, référez-en à Dieu et au Prophète, si vous croyez en Dieu et au Jour dernier. C'est un bien et la meilleure des issues.* »

(Coran, S.4/V.59)

Ce verset appelle les croyants à se référer à Dieu et à Son Prophète (ﷺ) pour résoudre leurs différends, quand ils ne trouvent pas de solutions adéquates dans le Coran, la sunna, ou auprès de ceux qui exercent l'autorité. Se référer à Dieu et au Prophète (ﷺ) signifie, entre autres, comparer les cas juridiques nouveaux à ceux qu'ils ont déjà été traités et jugés, donc suivre leur raisonnement et adopter leur logique.

Le deuxième verset est tiré de la sourate 59 *al-Hachr*, « Le rassemblement » :

﴿ هُوَ ٱلَّذِيٓ أَخْرَجَ ٱلَّذِينَ كَفَرُواْ مِنْ أَهْلِ ٱلْكِتَٰبِ مِن دِيَٰرِهِمْ
لِأَوَّلِ ٱلْحَشْرِۚ مَا ظَنَنتُمْ أَن يَخْرُجُواْۖ وَظَنُّوٓاْ أَنَّهُم مَّانِعَتُهُمْ
حُصُونُهُم مِّنَ ٱللَّهِ فَأَتَىٰهُمُ ٱللَّهُ مِنْ حَيْثُ لَمْ يَحْتَسِبُواْۖ وَقَذَفَ
فِي قُلُوبِهِمُ ٱلرُّعْبَۚ يُخْرِبُونَ بُيُوتَهُم بِأَيْدِيهِمْ وَأَيْدِي ٱلْمُؤْمِنِينَ
فَٱعْتَبِرُواْ يَٰٓأُوْلِي ٱلْأَبْصَٰرِ ﴾

« C'est Lui qui, lors du premier rassemblement, a expulsé de leurs demeures les incrédules parmi les gens du Livre. Vous ne pensiez pas qu'ils sortiraient, et eux pensaient que leurs forteresses les protégeraient contre Dieu. Il les atteignit néanmoins par là où ils ne s'y attendaient pas. Il jeta l'effroi en leur cœur, si bien qu'ils démolirent leurs maisons de leurs propres mains, et avec le concours des croyants. Tirez-en une leçon, ô vous qui êtes doués de clairvoyance. »

(Coran, S.59/V.2)

Après avoir raconté le récit des Banî an-Nadîr qui ne s'attendaient point au châtiment de Dieu, le Coran rappelle aux croyants qu'ils sont des humains tout comme ceux dont parle le récit et qu'ils risquent le même châtiment s'ils commettent le même péché d'orgueil. Ils doivent réfléchir et en tirer les conséquences.

Ce verset montre que la justice divine veut que les bienfaits prodigués par Dieu, tout comme Ses châtiments, soient le résultat de la conduite humaine. Donc, tout effet est précédé d'une cause. Ainsi le raisonnement analogique consiste-t-il à tenir compte des causes pour produire ou éviter leurs effets.

L'expression :

﴿فَٱعۡتَبِرُواْ يَٰٓأُوْلِي ٱلۡأَبۡصَٰرِ﴾

« Tirez-en une leçon, ô vous qui êtes doués de clairvoyance. »

(Coran, S.59, V.2)

se répète souvent dans le texte coranique sous différentes formes, comme :

﴿إِنَّ فِي ذَٰلِكَ لَعِبۡرَةٗ﴾

« Voilà bien une leçon à méditer »

(Coran, S.3/V.13)

﴿ لَقَدْ كَانَ فِي قَصَصِهِمْ عِبْرَةٌ ﴾

« *Dans les récits, il y a en vérité un enseignement* »
(Coran, S.12/V.111)

Que l'on comprenne ces exhortations comme un appel à la réflexion à propos des récits coraniques ou comme invitation à la méditation, elles signifient, dans les deux cas, que les êtres humains vivent souvent des expériences similaires, les mêmes causes produisant les mêmes effets. Prenons, par exemple, un directeur qui expulse l'un de ses employés parce qu'il a touché un pot-de-vin, en disant aux autres « Tirez une leçon de ce renvoi ! » Ne veut-il pas les mettre en garde contre la corruption en les menaçant de recevoir la même punition que cet employé ?

Le troisième verset est tiré de la sourate 36, « Yâ Sîn » :

﴿ قُلْ يُحْيِيهَا الَّذِي أَنشَأَهَا أَوَّلَ مَرَّةٍ ﴾

« *...Dis : Celui qui les a créés une première fois, leur redonnera la vie...* »
(Coran, S.36/V.79)

Dieu, le Sublime, emploie ici une analogie pour montrer aux mécréants qu'Il est tout à fait capable de ressusciter les hommes pour les juger. Il leur rappelle que c'était Lui l'initiateur de la Création, et qu'il Lui est donc possible de recréer les êtres. Cela sera une tâche très aisée pour Lui. En établissant un parallèle entre la première Création et la Résurrection, Dieu instaure le raisonnement analogique comme procédé intellectuel d'élaboration de lois.

Ces versets, qui confirment la force probante du *qiyâs*, s'accordent avec les versets prescriptifs qui mentionnent à la fois la prescription et la raison d'être de celle-ci. Par exemple, le verset qui statue sur les menstrues :

﴿ قُلْ هُوَ أَذًى فَاعْتَزِلُوا النِّسَاءَ فِي الْمَحِيضِ ﴾

« Réponds : c'est une impureté. Abstenez-vous donc des rapports avec vos épouses pendant leurs menstrues. »
(Coran, S.2/V.222)

Et celui qui explique la raison qui permet le *tayammoum* (ablutions sèches) :

﴿ مَا يُرِيدُ ٱللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُم مِّنْ حَرَجٍ ﴾

« Dieu ne veut vous imposer aucune gêne. »
(Coran, S.5/V.6)

Ces versets prouvent que les prescriptions ont un fondement pratique et découlent de raisons bien logiques, donc toute loi doit avoir une raison d'être et un fondement.

2. De la sunna, ils tirent en particulier les arguments suivants :

Le *ḥadîth* de Mou'âdh ibn Jabal : ... — « Je mettrai à profit ma raison, et je n'épargnerai pas mes efforts pour trouver une solution ». Mou'âdh rapporta que le Prophète (ﷺ) lui donna une tape sur la poitrine pour le féliciter, en disant « Louange à Dieu qui a permis au messager de Son Prophète (ﷺ) de le satisfaire ». Le Prophète (ﷺ) a donc approuvé la démarche de Mou'âdh qui part du Coran pour aboutir au raisonnement personnel. Ce dernier comprend à la fois la réflexion libre et le raisonnement analogique, *al-qiyâs*.

En outre, d'après les recueils de *ḥadîth* authentiques, le Prophète (ﷺ) utilisait souvent le raisonnement analogique pour statuer sur des événements et actes dont le Coran ne parlait pas. Faisant cela, le Prophète (ﷺ) montrait aux Musulmans l'exemple à suivre : l'absence de preuve indiquant que cette pratique soit spécifique au Prophète (ﷺ) permet d'établir que le raisonnement analogique (*qiyâs*) fait partie de sa sunna.

Citons, ci-dessous, quelques *ḥadîth* qui illustrent ce qui précède :

Une jeune femme de la tribu de Khath'am dit au Prophète (ﷺ) : « Lorsque le pèlerinage fut déclaré un devoir religieux, mon père avait déjà atteint un âge très avancé, il n'a pas pu l'accomplir. Puis-je le faire à sa place ? » Le Prophète (ﷺ) lui répondit : « Si ton père avait contracté des dettes, les aurais-tu payées pour lui ? » Elle dit : « Oui ! » Il rétorqua : « La dette qu'il a envers Dieu mérite davantage d'être payée ».

'Omar demanda au Prophète (ﷺ) : « Celui qui jeûne et qui embrasse sa femme, sans que ce baiser engendre de désir, a-t-il rompu son jeûne ? » Le Prophète (ﷺ) lui dit : « Et si tu te gargarises alors que tu jeûnes ? » Il répondit : « Je n'y verrai aucun mal ». Le Prophète (ﷺ) lui dit alors : « Il te suffit [de faire la comparaison] ».

Un homme de la tribu de Fazâra renia être le père du bébé noir que sa femme enfanta. Le Prophète (ﷺ) lui demanda : « Possèdes-tu des chameaux ? » Il répondit par l'affirmative. « De quelle couleur sont-ils ? — Roux. — Y a-t-il des chameaux bruns parmi eux ? — Oui. — À quoi est-ce dû ? — Cela est peut-être héréditaire. — Et peut-être que la couleur de peau de ton fils est aussi héréditaire », conclut le Prophète (ﷺ).

(Voir le livre "*I'lâm al-mouwaqqi'în*"[1] pour davantage d'exemples de *qiyâs* établis par le Prophète (ﷺ)).

3. Concernant les faits et dires des Compagnons, ils ont maintes fois confirmé la légitimité du raisonnement analogique (*qiyâs*) comme procédé d'élaboration du Droit musulman. Ils déployaient souvent des efforts de raisonnement personnel pour répondre aux cas juridiques sur lesquels les Textes ne se prononcent pas. Ils établissaient des analogies entre les cas mentionnés dans le Coran et la sunna et les cas nouveaux. Ainsi, ils établirent un parallèle entre guider la prière et gouverner les Musulmans en disant d'Aboû Bakr : « Le Prophète (ﷺ) l'a agréé pour guider nos prières, pourquoi ne l'accepterions-nous pas comme notre gouverneur ? » Il évaluèrent donc les qualités requises pour le Calife des Musulmans en se référant au choix du Prophète (ﷺ) dans la vie spirituelle. Ils déclarèrent la guerre aux Musulmans qui refusaient de payer la *zakât,* se basant sur le fait qu'ils la payaient du vivant du Prophète (ﷺ) et que le Coran dit :

﴿ خُذْ مِنْ أَمْوَٰلِهِمْ صَدَقَةً تُطَهِّرُهُمْ وَتُزَكِّيهِم بِهَا وَصَلِّ عَلَيْهِمْ ۖ إِنَّ صَلَوٰتَكَ سَكَنٌ لَّهُمْ ۗ ﴾

« Prends sur leurs biens un impôt : ainsi tu les purifieras et tu augmenteras leurs mérites et leurs biens. Prie en leur

1. Une bibliographie des Compagnons et des illustres savants musulmans écrite par Ibn al-Qayyim.

faveur, car tes prières sont une quiétude pour eux »
(Coran, S.9/V.103)

En conseillant Aboû Moûsâ al-Ach'arî (qu'il avait nommé gouverneur d'une contrée musulmane), 'Omar dit : « ...Par ailleurs, il faut bien comprendre les différends portés devant toi, dont le Coran et la sunna ne parlent pas. Fais des analogies entre les différents cas, sois attentif aux choses qui se ressemblent, puis choisis ce que tu penses être le mieux agréé par Dieu et le plus proche de l'équité ».

Alî ibn Abî Tâlib a dit : « Les gens doués d'intelligence reconnaissent la vérité en mesurant ou en comparant les faits ». Ayant relaté que le Prophète (ﷺ) avait interdit la vente des denrées alimentaires avant leur récolte, Ibn 'Abbâs ajouta : « Je n'applique pas cela à tout, mais uniquement aux choses semblables. »

Dans le second volume de "*I'lâm al-mouwaqqi'în*", Ibn al-Qayyim répertorie les cas d'*ijtihâd* des Compagnons pour lesquels ils ont utilisé le raisonnement analogique (*qiyâs*). Rappelons aussi que le Prophète (ﷺ) n'a jamais désapprouvé l'un de ses Compagnons qui avait fait preuve de raisonnement personnel. Les Compagnons n'ont jamais non plus réfuté les cas d'*ijtihâd* entrepris par certains d'entre eux et qui se basaient sur le *qiyâs*. En conclusion, nier la force probante du *qiyâs*, c'est aller à l'encontre de la démarche juridique des Compagnons.

4. Venons maintenant aux arguments tirés de la logique :

D'abord, il faut savoir que la sagesse divine veut que chaque prescription religieuse vise la réalisation d'un bien. La finalité du Droit musulman est donc de sauvegarder l'intérêt général de la communauté musulmane. Quand quelque chose (événement, situation, décision, etc.) sert l'intérêt public de façon identique à ce qui est mentionné dans les Textes, l'équité et la sagesse requièrent que cela ait le même statut que ce qui est mentionné dans le Coran ou la sunna. Par exemple, la sagesse divine n'accepte pas que l'on permette une boisson enivrante, alors qu'elle interdit le vin pour préserver à l'homme sa faculté de discernement. Il ne sied donc pas à la raison d'accepter une chose et son contraire.

Ensuite, le texte coranique et la sunna ont un volume fini et limité, tandis que la diversité des événements de la vie quotidienne et des différends pouvant opposer les gens entre eux est infinie et illimitée. Les Textes ne peuvent donc pas répondre à tous les nouveaux cas se

présentant dans la vie des Musulmans. Le raisonnement analogique (*qiyâs*) est le seul procédé d'élaboration de lois qui puisse répondre au renouvellement constant des cas juridiques, tout en conciliant les préceptes de la religion et l'intérêt général de la communauté.

Enfin, le bon sens confirme le statut du *qiyâs* en tant que source du Droit musulman. La logique veut que, lorsqu'on interdit une boisson à cause de ses méfaits, on fasse de même avec toutes les boissons de même nature, et que lorsqu'on déclare illicite un acte qui occasionne une atteinte physique et morale à autrui, on fasse de même pour tous les actes similaires. Tout le monde accepte que l'on applique une même loi à plusieurs phénomènes identiques.

Les arguments des opposants au *qiyâs*

L'argument le plus utilisé par les opposants est celui affirmant que le *qiyâs* est fondé sur la présomption que les raisons d'être de chacune des deux lois comparées se ressemblent. La présomption implique un doute, et donne donc naissance à des lois conjecturales. Or, Dieu blâme ceux qui suivent les conjectures et dit :

﴿ وَلَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِۦ عِلْمٌ ﴾

« *Ne poursuis pas ce dont tu n'as aucune connaissance*. »
(Coran, S.17/V.36)

Le *qiyâs* est en partie fondé sur le doute ; de ce fait, il est inacceptable comme source du Droit musulman.

Cet argument ne tient pas parce qu'ici Dieu met en garde ceux qui suivent les conjectures en matière de croyance. Quant aux lois pratiques, elles sont souvent fondées sur la probabilité donc, en partie, sur le doute. Prendre cet argument en considération conduirait à infirmer tous les textes conjecturaux, puisque leur interprétation comporte un élément de doute. Une telle éventualité est inacceptable vu que la plupart des textes prescriptifs sont conjecturaux.

Un autre argument, souvent avancé par les opposants au *qiyâs*, consiste à dire : le *qiyâs* résulte d'une opinion susceptible d'être contredite par une autre. Il peut ainsi causer des conflits d'opinion entre les Musulmans, ce qui s'oppose à l'essence même des prescriptions

divines et religieuses qui forment un ensemble harmonieux et exempt de contradiction. Ce deuxième argument est encore plus futile que le premier, car avoir des avis différents en appliquant le *qiyâs* ne conduit pas à une divergence sur les principes fondamentaux de la croyance musulmane. Si cela entraîne une divergence sur des avis juridiques particuliers, cela ne provoque pas de dissension dans la société musulmane, mais offre des solutions différentes aux Musulmans, ce qui est plutôt une bénédiction de Dieu.

Enfin, les opposants avancent comme preuve les paroles de certains Compagnons qui dénigrent le raisonnement libre, comme cette parole rapportée de 'Omar : « Méfiez-vous des gens qui ne suivent que leur propre opinion, ce sont les ennemis des bonnes traditions. Ils n'ont pas pu apprendre les *ḥadîth*, ont suivi leur propre raisonnement, se sont égarés et ont égaré autrui. » Or, cette parole n'a pas été authentifiée comme étant celle de 'Omar. Par ailleurs, elle ne réfute pas la valeur juridique du *qiyâs* mais met en garde contre l'emprise de la passion, l'entêtement et les avis non fondés sur des textes.

LES CONSTITUANTS DU RAISONNEMENT ANALOGIQUE (*QIYÂS*)

Chaque cas de *qiyâs* (raisonnement analogique) doit comprendre les quatre constituants suivants :

1. un cas principal (*al-aṣl*) : le cas (événement, situation, acte, comportement, etc.) au sujet duquel une prescription existe dans un texte. Il est appelé référence de la comparaison ou de l'analogie.
2. un cas subsidiaire (*far'*) : le cas nouveau (événement, situation, acte, comportement, etc.) sur lequel les Textes ne se prononcent pas et auquel on veut appliquer la prescription valable pour le cas principal. Il est appelé objet de la comparaison ou de l'analogie.
3. un jugement (*ḥoukm al-aṣl*) : c'est la prescription divine mentionnée dans le texte qui statue sur le cas principal et que l'on veut étendre au cas subsidiaire.
4. la raison d'être (*al-'illa*) : le critère sur lequel se fonde le jugement du cas principal. C'est la présence de ce même critère dans le cas subsidiaire qui permet d'y étendre la prescription valable pour le

cas principal.

Exemples : L'interdiction de boire du vin est un cas principal présent dans un texte coranique :

﴿ فَٱجْتَنِبُوهُ ﴾

« *Donc, évitez-les.* »

(Coran, S.5/V.90)

Le texte indique que la raison d'être de ce jugement est que cette boisson cause l'ivresse. Le nectar fermenté des dattes, sur lequel les Textes ne se prononcent pas, est également une boisson enivrante : le jugement appliqué au vin, à savoir l'interdiction d'en boire, s'y applique. Le nectar fermenté des dattes est donc un cas subsidiaire de celui du vin. Par ailleurs, les Textes interdisent l'usure (*ribâ*) dans la vente ou le troc du blé, de l'orge, du sel, de l'or et de l'argent parce que ce sont des biens fongibles. Ces six éléments constituent donc des cas principaux. Cette interdiction de l'usure touche aussi la vente et le troc du maïs, des fèves et du riz, semblables en nature aux premiers et considérés comme des cas subsidiaires.

Les deux premiers constituants du raisonnement analogique (*qiyâs*), le cas principal et le cas subsidiaire, peuvent être deux situations, deux événements, ou encore deux faits, dont le premier fait l'objet d'une prescription religieuse contenue dans un texte, tandis que le second n'en fait pas l'objet. Les seules conditions à leur mise en relation sont, d'une part, la présence d'une prescription dans les Textes pour le premier cas tandis qu'il n'en existe pas pour le second ; d'autre part, l'absence de différence essentielle entre les deux cas.

Par contre, le troisième constituant, c'est-à-dire le jugement, doit être conforme à certaines conditions pour être transposable du cas principal au cas subsidiaire. Un jugement n'est transposable d'un cas à un autre semblable que si certaines conditions sont réunies :

1. Il doit s'agir d'une loi religieuse pratique mentionnée dans un texte (Coran ou sunna). Concernant la loi pratique résultant du consensus (*al-ijmâ'*), elle n'est pas transposable selon certains — nous adhérons à cet avis —, parce qu'en citant une loi consensuelle, on n'est pas tenu de citer exactement les textes qui l'étayent. Cela va

à l'encontre de la démarche du raisonnement analogique : faute de précision du texte, on ne peut connaître la raison d'être du jugement, il est donc impossible d'en tirer une analogie. N'oublions pas en outre que l'existence d'une loi consensuelle, au sens propre du terme, est plutôt rare. D'autres *'oulamâ'*, comme ach-Chawkânî, acceptent la transposition des lois consensuelles.

Quant aux lois religieuses issues du *qiyâs*, elles ne peuvent s'appliquer à des faits nouveaux. Ces lois sont subsidiaires aux prescriptions principales — mentionnées dans des Textes —, il convient donc de renvoyer directement les faits nouveaux à ces prescriptions principales en suivant à nouveau le cheminement du raisonnement analogique : vérifier que la raison d'être est commune, puis transposer la loi pratique au fait. À titre d'exemple, on ne peut pas dire : le cidre est enivrant tout comme le nectar fermenté des dattes, alors il est aussi interdit. Il faut interdire le cidre par référence à l'interdiction du vin (qui est le cas principal mentionné dans le Coran). Si le cidre est enivrant comme le vin, l'interdiction s'y applique ; dans le cas contraire, on ne peut y étendre l'interdiction sur cette base.[1]

2. Ce jugement doit être accessible à la raison, c'est-à-dire que l'intellect humain doit être capable d'en comprendre le motif ou la cause, ou que sa raison d'être (*al-'illa*) doit être clairement donnée par un texte. Ainsi, lorsque le jugement n'est pas accessible à la raison, comme dans le cas du nombre de prosternations dans la prière, ou du montant de la *zakât,* etc., il ne peut constituer la base d'une déduction analogique.

1. Selon Ibn Rouchd, un juriste malikite célèbre, et certains *'oulamâ'* hanbalites, un raisonnement analogique (*qiyâs*) peut constituer le principal d'un nouveau cas : quand un cas de *qiyâs* est fondé sur un autre *qiyâs*, le cas subsidiaire du deuxième devient un cas principal indépendant duquel une raison d'être différente peut être déduite. Ce procédé peut se poursuivre à l'infini avec la seule restriction que dans le cas où une analogie peut être trouvée dans le Coran, on n'aie pas recours au *qiyâs*. Mais al-Ghazâlî rejette cette proposition qu'un *qiyâs* puisse constituer le principal d'un autre. Il compare cela au travail de quelqu'un qui essaie de trouver, sur la plage, des coquillages qui se ressemblent. Dès qu'il a trouvé un coquillage qui ressemble à l'original, il jette ce dernier et se met à chercher un coquillage semblable au second, et ainsi de suite. Lorsqu'il aura trouvé le dixième, il ne sera pas surpris de constater qu'il est totalement différent du premier de la série. Ainsi, pour al-Ghazâlî, qu'un *qiyâs* soit le principal d'un autre *qiyâs* n'est qu'une spéculation bâtie sur une autre spéculation.

En effet, les lois religieuses pratiques ont été décrétées par Dieu pour faciliter la vie des croyants et servir l'intérêt général. Chacune possède une raison d'être. Toutefois, il existe deux sortes de lois. D'une part, celles dont Dieu seul connaît la raison d'être : Il veut ainsi éprouver la capacité d'obéissance des croyants. Ces lois sont celles qui ont une fonction cultuelle et définissent la croyance. Leur signification n'est pas accessible à la raison. Par exemple : le nombre de *raka'ât* des cinq prières obligatoires, les différents taux de *zakât*, le nombre et la nature des châtiments et des actes expiatoires (*al-houdoûd* et *al-kaffârât*), ainsi que la part d'héritage attribuée aux différents héritiers.

D'autre part, celles dont les hommes comprennent la raison d'être, ou dont la raison d'être est mentionnée dans les Textes : ce sont les lois accessibles à la raison. Ce sont ces lois qui sont applicables par analogie aux cas subsidiaires. Ces lois peuvent être indéfinies, comme la prescription interdisant le vin qui a été transposée à toute boisson enivrante, et celle prohibant l'usure (*ar-ribâ*) dans la vente du blé et de l'orge appliquée par analogie au riz et au maïs. Elles peuvent être des dispositions exceptionnelles, comme celle permettant le troc des dattes en stock contre des dattes non récoltées (*al-'arâyâ*), alors que la loi interdit en général d'échanger un bien contre un autre de même nature mais transformé. Cette disposition fut transposée au troc des raisins non vendangés contre des raisins secs. Il y a aussi la validité du jeûne de la personne qui mange par oubli — prescription faisant exception de la loi connue qui annule le jeûne de celui qui avale un quelconque aliment de façon délibérée. Par analogie, celui qui rompt son jeûne par erreur ou qui est forcé de le rompre n'est pas tenu de le refaire, tout comme celui qui parle, par inadvertance, en accomplissant la prière n'est pas obligé de la refaire.

En résumé, pour qu'une prescription principale soit transposable, elle doit être accessible à la raison, qu'il s'agisse d'une prescription globale ou d'une exception. Quant aux prescriptions dont la raison d'être n'est pas accessible à la raison humaine, elles ne sont pas transposables aux cas subsidiaires, et c'est le cas des actes de culte, des châtiments, du partage de l'héritage et du nombre des *raka'ât* dans la prière.

3. Le jugement ne doit pas être spécifique au cas principal. S'il l'est, il ne peut pas être appliqué par analogie à un cas subsidiaire.

Le jugement est spécifique au cas principal dans deux cas. D'une

part, lorsqu'on ne peut imaginer que la raison d'être du jugement puisse se retrouver dans un autre cas. Ainsi, l'abrègement de la prière lorsqu'on est en voyage est une prescription accessible à la raison puisqu'elle entraîne l'allégement d'une difficulté, mais sa raison d'être est le fait d'être en voyage, une circonstance qui n'existe que lorsqu'on parcourt une distance. De même, la permission de passer les mains mouillées sur ses chaussures lors des ablutions est une prescription accessible à la raison puisqu'elle représente un assouplissement de la règle, mais elle est liée au fait que l'on porte effectivement des chaussures et ne peut donc s'appliquer dans d'autres circonstances.

D'autre part, lorsqu'une indication prouve cette spécificité. Ainsi, les lois concernant certains comportements du Prophète (ﷺ) lui sont spécifiques et ne sont pas transposables au comportement du commun des Musulmans. Par exemple, il a été permis au Prophète (ﷺ) d'épouser plus de quatre femmes, ses veuves ne devaient pas se remarier, et il a rendu une sentence fondée sur un seul témoignage, en disant « il suffit du témoignage de Khouzayma ». Lorsqu'il admit le témoignage unique de Khouzayma ibn Thâbit comme équivalent au témoignage de deux hommes, ce fut une exception, et ceci ne peut être étendu par analogie. En effet, les prescriptions concernant les Musulmans, mentionnées dans le Coran et la sunna, vont à l'encontre de tout cela. Elles interdisent au Musulman d'avoir plus de quatre co-épouses, elles permettent à la veuve de se marier dès la fin de son délai de viduité, et elles exigent le témoignage de deux hommes ou d'un homme et deux femmes concernant toute affaire.

Définition de la raison d'être du jugement (*al-'illa*)

Le terme arabe *al-'illa* signifie la raison d'être du jugement qui s'applique au cas principal. C'est la caractéristique intrinsèque de la chose ou de l'acte qui justifie son statut juridique et religieux. Si cette caractéristique se trouve aussi dans le cas subsidiaire, cela justifie qu'on accorde au cas subsidiaire le même statut qu'au cas principal. Par exemple, le vin provoque l'ivresse, de ce fait il est illicite ; par analogie, toute boisson enivrante est illicite. De même, surenchérir sur l'acte de vente déjà établi par une autre personne est illicite car cela représente une transgression de ses droits ; par analogie, surenchérir sur l'acte de location établi par une autre personne est illicite puisque

la même transgression s'y retrouve. La raison d'être d'une prescription (*al-'illa*) est la circonstance qui la justifie directement : on parle aussi de cause ou de motif.

Les *'oulamâ'* sont unanimes sur le fait que toute prescription divine est utile et pratique. Soit elle engendre un bien pour les Musulmans, soit elle éloigne d'eux un préjudice. Cette intention pratique, présente dans toute législation, constitue l'objectif recherché par une prescription, c'est-à-dire son but ou son bien-fondé (*al-hikma*). Considérons par exemple le but des prescriptions suivantes :

— la personne malade est dispensée de devoir jeûner le mois de Ramadan afin d'éviter que sa maladie ne s'aggrave.

— le Musulman peut se porter garant pour son voisin ou son associé en affaires, attendu que cela peut rendre service à celui-ci et le protéger contre un quelconque préjudice.

— l'auteur d'un meurtre avec préméditation est puni de mort, afin de dissuader d'autres personnes de commettre des actes similaires et afin de préserver la vie humaine.

— la punition du voleur consiste à lui couper la main, afin de dissuader d'autres personnes de voler et de préserver la propriété privée.

— les échanges commerciaux sont permis, pour faciliter la vie des gens et pourvoir à tous leurs besoins.

Distinguons bien la raison d'être (*al-'illa*) de la prescription, et son but ou son bien-fondé (*al-hikma*). Il semble *a priori* normal de baser chaque prescription sur son but, et de considérer qu'elle s'applique lorsque ce but est présent et qu'elle ne s'applique pas lorsque ce but est absent. Toutefois, une analyse plus poussée montre que le but d'une prescription n'est pas toujours clairement identifiable : sa présence ne peut donc être vérifiée. Par conséquent, il est impossible de lier l'application ou la non-application d'une prescription à la présence ou à l'absence de son but.

Ainsi, par exemple, le but de permettre les échanges commerciaux est de satisfaire les divers besoins des gens ; mais ces besoins sont tellement nombreux et subjectifs qu'on ne peut les répertorier objectivement, ni reconnaître ceux qui sont nécessaires de ceux qui ne le sont pas. De même, le bien-fondé de la filiation des enfants d'une femme à son mari est la relation conjugale qui existe entre eux. Mais

cette relation appartient à l'intimité, et son existence ne peut être vérifiée. Le bien-fondé d'une prescription peut également être subjectif. C'est le cas de la dispense de jeûner accordée à la personne malade ; elle est fondée sur une estimation subjective, à savoir la capacité ou non du malade à supporter le jeûne, etc.

Il fallait donc trouver un paramètre sûr qui permette d'établir de manière objective pourquoi telle prescription s'applique à tel cas plutôt qu'à tel autre : c'est *al-'illa*. La raison d'être (*al-'illa*) d'une prescription est la circonstance objective et vérifiable en présence de laquelle la prescription s'applique, et en l'absence de laquelle elle ne s'applique pas ; on présume en outre, lorsqu'on lie l'application de la prescription à la présence de cette circonstance, que le but (*al-ḥikma*) de la prescription est ainsi réalisé.

La différence entre la raison d'être (*al-'illa*) et le but (*al-ḥikma*) d'une prescription est donc la suivante : le but de la prescription est l'intention pratique ou l'objectif qu'elle accomplit (le Législateur établit telle ou telle prescription dans le but de réaliser un bien pour les Musulmans ou d'éloigner d'eux un préjudice). La raison d'être, elle, est la circonstance objective et vérifiable à laquelle est liée l'application de la prescription.

Voici quelques exemples illustrant concrètement la différence entre la raison d'être (*al-'illa*) et le but (*al-ḥikma*) :

— le but de la permission d'abréger la prière accordée au voyageur est de faciliter l'accomplissement de son devoir religieux, ce qui est une estimation subjective, relative au moyen de transport utilisé et à la durée du voyage. La raison d'être de cette permission est le voyage qui est un fait réel, pouvant être constaté et reconnu objectivement.

— le but de l'acte de se porter garant pour son voisin ou pour son associé est de l'aider à sortir de l'embarras, chose qui ne peut être ni mesurée ni estimée avec exactitude. Sa raison d'être est la relation de voisinage ou d'association qui sont deux faits objectifs.

— le but de la permission des échanges commerciaux est de satisfaire les besoins des gens, ce qui est un concept plutôt flou. Sa raison d'être est l'existence d'un contrat entre deux parties consentantes, ce qui permet de supposer que le but de l'échange (l'intérêt mutuel) est bien réalisé.

En conclusion, les prescriptions divines et les lois religieuses sont justifiées par leurs raisons d'être qui sont des faits objectifs compréhensibles par la raison humaine. Elles ont toutes un bien-fondé et un but, mais ceux-ci ne peuvent leur servir de justification parce qu'ils sont souvent latents ou subjectifs. C'est donc à la présence ou à l'absence de la raison d'être qu'est liée l'application ou la non-application de la prescription.

La présence, pour chaque prescription divine, d'une raison d'être bien déterminée et objective, justifie son existence et démontre sa valeur coercitive. Dieu, dans Son équité, montre aux hommes pourquoi ils doivent faire ceci et s'abstenir de cela. Ainsi, les *ou<u>s</u>oûlî* accordent une importance capitale à la détermination de la raison d'être du jugement, mais ne prêtent qu'une importance secondaire à son bien-fondé. Partant de cela, il considèrent que :

— la permission accordée aux voyageurs de rompre leur jeûne vise à les soulager de toute difficulté. C'est le but de la prescription. Mais, comme la difficulté est un phénomène caché et flou, et qui varie selon les personnes et les circonstances, elle ne peut constituer la raison d'être d'une analogie. La raison d'être de la dispense est le voyage lui-même, sans considérer le degré de difficulté que subit le voyageur.

— se porter garant pour son voisin ou son associé se justifie par la relation de voisinage ou d'association, qui est la raison d'être de la prescription, même si le voisin ou l'associé n'a pas réellement besoin de garant.

— une personne en bonne santé et résidant dans un endroit précis, n'étant pas en voyage, doit jeûner le mois de Ramadan, même si elle a un travail exténuant et que le jeûne lui cause une véritable gêne, parce que la raison d'être de la dispense du jeûne n'est pas présente.

Pour prendre un autre exemple, on réussit à un examen lorsqu'on obtient la moyenne nécessaire (c'est la raison d'être de la réussite), même si on ne maîtrise pas parfaitement les connaissances requises (ce que l'examen a pourtant pour but de vérifier). Inversement, on peut aussi échouer parce qu'on n'a pas obtenu la moyenne, tout en possédant de bonnes connaissances. Donc, but et raison d'être ne sont pas indissociables.

Puisque le jugement dépend de sa raison d'être, le *moujtahid* qui procède à un raisonnement analogique doit minutieusement vérifier la similitude entre la raison d'être du cas principal et celle du cas subsidiaire, avant de transposer le jugement du premier au second. En appliquant la prescription issue du raisonnement analogique (*qiyâs*), le juge doit accorder la priorité à la raison d'être et non au bien-fondé du jugement. À titre d'exemple, s'il accepte qu'une personne se porte garante d'une autre, qui n'est ni son associé ni son voisin, mais qui a besoin d'elle, il a tort. De même, s'il refuse qu'une personne se porte garante de son voisin ou de son associé sous prétexte qu'il n'a pas besoin de cela, il a tort.

Toutefois, il arrive qu'on n'applique pas une prescription, bien que sa raison d'être soit présente ; par exemple, on ne valide pas l'acte de vente conclu sous la contrainte. Selon l'article 15 du décret de loi N° 25 promulgué en 1929 en Égypte, la demande de filiation d'un enfant à son père est déboutée, quand des témoignages attestent que le père et la mère n'ont pas eu de relations conjugales suite à leur contrat de mariage. Ou encore, une personne ayant atteint l'âge de la majorité légale, mais reconnue non responsable, reste sous tutelle et ne peut assumer seule les responsabilités qui incombent à une personne majeure. Ces exceptions à la règle représentent des cas où la raison d'être, bien que présente, ne conduit pas à l'application de la prescription parce qu'elle se trouve infirmée par un facteur externe. En pareil cas, une preuve existe que la prescription ne répondrait plus à son but si elle était appliquée : la raison d'être n'est donc plus prise en compte. Ici, c'est soit la contrainte qui invalide la vente, soit l'absence de relations conjugales entre époux qui annule le contrat de mariage, soit la non responsabilité d'une personne majeure qui l'empêche de disposer d'elle-même.

Enfin, rappelons la différence entre ces deux termes : raison d'être (*al-'illa*) et cause (*as-sabab*). Ils sont parfois considérés comme synonymes, mais la plupart des *ou*ṣ*oûlî* établissent une distinction entre les deux. La raison d'être et la cause constituent l'une comme l'autre l'occasion de la prescription, la circonstance en présence de laquelle elle s'applique et en l'absence de laquelle elle ne s'applique pas. Lorsque le lien entre cette occasion et la prescription est accessible à la raison, on la désigne par le terme de raison d'être (*al-'illa*), et également par celui de cause (*as-sabab*) : ainsi, on dit que le voyage est la raison d'être ou la cause de l'abrègement de la prière.

Cependant, lorsque le lien entre cette occasion et la prescription n'est pas accessible à la raison humaine, comme le fait d'accomplir la prière du *maghrib* lorsque le soleil se couche, ou celle du *dhouhr* lorsque le soleil commence à descendre de son zénith, ou encore de commencer le jeûne du Ramadan à l'apparition de la nouvelle lune, on emploie le terme de cause (*as-sabab*) mais pas celui de raison d'être (*al-'illa*). Donc, on peut toujours remplacer le terme de raison d'être par celui de cause, mais on ne peut pas toujours remplacer le terme de cause par celui de raison d'être.

Les conditions qui déterminent la raison d'être (*al-'illa*)

Des circonstances et des caractéristiques diverses peuvent être associées au cas principal faisant l'objet d'un texte. Toutefois, la circonstance considérée comme la raison d'être (*al-'illa*) de la prescription doit remplir un certain nombre de conditions. Ces conditions ont été définies par les *ousoûlî* à partir d'une étude attentive des raisons d'être mentionnées dans les Textes, de la définition de la raison d'être, ainsi que de l'objectif visé par la recherche de la raison d'être, à savoir transposer le jugement du cas principal au cas subsidiaire. Nous examinerons ci-dessous les conditions sur lesquelles les spécialistes sont d'accord, en en laissant de côté quelques autres qui ne font pas l'unanimité.

La raison d'être doit obligatoirement remplir quatre conditions :

1. Ce doit être une circonstance objective, c'est-à-dire perceptible concrètement. En effet, c'est sa présence dans le cas subsidiaire qui permet d'y étendre la prescription valable pour le cas principal : elle doit donc être vérifiable. Ainsi, l'on peut vérifier objectivement que le vin conduit à l'ivresse, et que les autres boissons fermentées conduisent aussi à l'ivresse ; on peut également vérifier que le caractère de biens fongibles et mesurables des six sortes de biens mentionnés dans le texte interdisant l'usure se retrouve dans d'autres sortes de biens.

Par conséquent, la raison d'être sur laquelle se base un jugement ne saurait être un fait caché ou non observable objectivement, puisqu'on ne pourrait alors vérifier sa présence ou son absence. Ainsi, ce n'est pas le fait que le sperme du mari soit arrivé dans l'utérus de la femme qui permet d'établir la filiation, mais bien l'existence d'un contrat de

mariage. Ce n'est pas la satisfaction du vendeur et de l'acheteur qui permet de valider une transaction commerciale, mais bien leur consentement exprimé par un contrat. Ce n'est pas la maturité intellectuelle qui permet d'établir que quelqu'un a atteint la puberté, mais bien le fait qu'il ait atteint l'âge de quinze ans ou que l'un des signes extérieurs de la puberté soit apparu.

2. On doit pouvoir l'évaluer de façon précise. La raison d'être du jugement doit posséder une manifestation concrète précise, afin qu'on puisse déterminer si le cas subsidiaire est équivalent au cas principal. Ainsi, le fait de tuer volontairement la personne dont on doit hériter est une circonstance précise et vérifiable, et on a donc pu établir qu'elle était aussi présente lorsque quelqu'un tue celui dont il doit recevoir un legs par testament. L'atteinte aux droits d'autrui commise lorsque quelqu'un surenchérit sur le contrat de vente conclu par un autre est une circonstance précise, dont on a donc pu vérifier la présence lorsque quelqu'un surenchérit sur le contrat de location conclu par un autre.

Par conséquent, la raison d'être ne peut pas être une circonstance vague, qui varie selon les conditions et les individus. Ainsi, la raison d'être de la dispense de jeûner pendant le Ramadan accordée à ceux qui sont malades ou en voyage, n'est pas la difficulté en elle-même, mais bien la circonstance précise qui laisse supposer cette difficulté, c'est-à-dire la maladie ou le voyage.

3. Ce doit être une circonstance adéquate, c'est-à-dire que lier l'application de la prescription à la présence de cette circonstance doit permettre de présumer que le but de la prescription sera ainsi réalisé. En effet, c'est le but de la prescription (le bien que le Législateur veut procurer aux Musulmans, ou le préjudice qu'Il veut écarter d'eux) qui constitue la justification véritable de la prescription. C'est uniquement parce que la réalisation de ce but n'est pas toujours vérifiable objectivement, que l'application des prescriptions ne peut lui être liée : on a donc recours, pour établir l'applicabilité ou la non-applicabilité d'une prescription, à la présence ou à l'absence d'une circonstance objective adéquate (appelée raison d'être), permettant de déduire que le but recherché par le Législateur est effectivement atteint. Ainsi, le fait qu'il provoque l'ivresse est une raison d'être adéquate pour l'interdiction du vin, puisque baser l'interdiction sur cette circonstance permet de préserver la faculté de discernement de l'être humain. La volonté délibérée de tuer est une raison d'être adéquate pour

l'application du talion, puisque baser l'application du talion sur cette circonstance permet de préserver la vie humaine. Le vol est une raison d'être adéquate pour l'application de la sanction consistant à couper la main du voleur ou de la voleuse, puisque baser l'application de la sanction sur cette circonstance permet de préserver la propriété.

Par contre, les circonstances accessoires, dont l'analyse montre qu'elles ne sont pas liées au jugement ni à son but, ne peuvent jouer le rôle de raison d'être. Ainsi, on n'attachera pas d'importance à la couleur du vin, à la nationalité du meurtrier, à la couleur de la peau du voleur, etc. En outre, dans certains cas particuliers, un jugement ne pourra avoir pour raison d'être une circonstance normalement adéquate, mais dont la validité se trouve infirmée par un facteur externe, de sorte qu'elle ne conduit plus à la réalisation du but de ce jugement. Ainsi, un contrat de vente conclu sous la contrainte ne peut être la raison d'être d'un transfert de propriété, un contrat de mariage ne peut servir à établir une filiation s'il est prouvé que les époux ne se sont pas rencontrés depuis, ou l'âge de la majorité légale ne peut servir de raison d'être pour déclarer responsable un aliéné. En effet, dans ces cas précis, le contrat de vente, le contrat de mariage ou l'âge de la majorité légale ne sont pas des raisons d'être adéquates pour fonder le jugement, puisqu'elles ne permettent pas de présumer que le but du jugement sera atteint.

4. Ce ne doit pas être une circonstance spécifique au cas principal, c'est-à-dire que la circonstance considérée doit pouvoir se retrouver chez un grand nombre d'individus et dans d'autres cas que le cas principal. En effet, si l'on recherche la raison d'être du jugement valable pour le cas principal, c'est afin de pouvoir transposer ce jugement à des cas subsidiaires : une raison d'être ne se trouvant que dans le cas principal ne pourrait servir de base à un raisonnement analogique. Ainsi, puisque l'on explique les prescriptions spécifiques au Prophète (ﷺ) en considérant que leur raison d'être est le fait qu'elles concernent le Prophète (ﷺ), ces prescriptions ne peuvent servir à établir une analogie. De même, le raisonnement analogique serait impossible si l'on disait que la raison d'être de l'interdiction du vin est que le vin est du raisin fermenté, ou que la raison d'être de l'interdiction de l'usure sur les six biens mentionnés par les Textes est que ces biens sont de l'or ou de l'argent, etc.

Le caractère indispensable de cette dernière condition a parfois fait l'objet de divergences parmi les spécialistes. Ce désaccord est

toutefois injustifié, et il faut bien la classer parmi les conditions fondamentales du raisonnement analogique : en effet, la raison d'être d'une prescription ne peut donner lieu à un raisonnement analogique que si elle est transposable, c'est-à-dire si elle n'est pas spécifique au cas principal et peut se retrouver ailleurs.

Les différentes catégories de raisons d'être

On divise les raisons d'être possibles en plusieurs catégories, suivant la manière dont elles sont, ou ne sont pas, prises en compte par le Législateur. Nous avons vu ci-dessus que l'on ne peut appeler raison d'être n'importe quelle circonstance associée au cas principal : la raison d'être ne peut être qu'une circonstance objective, susceptible d'une évaluation précise, et adéquate. Nous avons vu que la raison d'être est dite adéquate lorsqu'on peut présumer que fonder la prescription sur sa présence permet de réaliser le but recherché par le Législateur à travers cette prescription. Nous allons voir maintenant que, par précaution, on ajoute comme condition qu'une circonstance adéquate, objective, et susceptible d'une évaluation précise, ne sera considérée comme une raison d'être valide que si le Législateur a Lui-même, d'une manière ou d'une autre, pris en compte une telle circonstance comme raison d'être d'une prescription.

En envisageant les circonstances adéquates selon la manière dont elles sont prises en compte par le Législateur, les *ou<u>s</u>oûlî* les ont divisées en quatre catégories : la circonstance adéquate désignée, la circonstance adéquate conforme, la circonstance adéquate libre, et la circonstance adéquate invalidée. Si le Législateur a pris en compte cette circonstance elle-même comme raison d'être de la prescription elle-même, c'est une circonstance adéquate désignée. Si le Législateur a pris en compte une telle circonstance comme raison d'être d'une autre manière, comme nous le verrons ci-dessous, c'est une circonstance adéquate conforme. Si le Législateur n'a pas pris en compte une telle circonstance, mais que rien n'indique non plus qu'elle ne doive pas être prise en compte, c'est une circonstance adéquate libre. Enfin, si le Législateur a indiqué que la prise en compte d'une telle circonstance n'est pas valide, c'est une circonstance adéquate invalidée. Examinons maintenant en détail ces quatre catégories :

1. La circonstance adéquate désignée (*al-mounâsib al-mou'thar*) : c'est une circonstance à laquelle le Législateur a lié une prescription, et dont un texte ou le consensus permet d'établir qu'elle constitue la raison d'être de cette prescription. Ainsi, par exemple, dans le verset :

﴿ وَيَسْـَٔلُونَكَ
عَنِ ٱلْمَحِيضِ ۖ قُلْ هُوَ أَذًى فَٱعْتَزِلُوا۟ ٱلنِّسَآءَ فِى ٱلْمَحِيضِ ۖ ﴾

« On t'interroge sur les menstrues. Réponds : « C'est une impureté. Abstenez-vous donc des rapports avec vos épouses pendant leurs menstrues. »

(Coran, S.2/V.222)

La prescription exprimée par le verset est l'obligation de s'abstenir des rapports avec les femmes pendant leurs menstrues, et cette prescription est liée au fait que les menstrues sont une impureté. Le texte indiquant explicitement que l'impureté des menstrues est la raison d'être de la prescription, on dit qu'en tant que raison d'être de l'interdiction des rapports conjugaux pendant les règles, l'impureté est une circonstance adéquate désignée. De même, dans la parole du Prophète (ﷺ) : « Le meurtrier n'hérite pas [de sa victime] », la prescription exprimée est l'interdiction que le meurtrier reçoive son héritage, et cette prescription est liée au fait qu'il a commis un meurtre. Le texte indique implicitement que le meurtre est la raison d'être de la prescription, puisque l'attribution d'une prescription à l'auteur d'un préjudice donne à penser que le fait qu'il a causé le préjudice est la raison d'être de cette prescription : on dit donc qu'en tant que raison d'être de l'interdiction d'hériter, le meurtre est une circonstance adéquate désignée. Pour prendre encore un autre exemple, dans le verset :

﴿ وَٱبْتَلُوا۟ ٱلْيَتَـٰمَىٰ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُوا۟ ٱلنِّكَاحَ فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَٱدْفَعُوٓا۟
إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ ۖ ﴾

> « *Éprouvez les orphelins jusqu'à ce qu'ils aient atteint l'âge de se marier. Si vous découvrez en eux un jugement sain, remettez-leur les biens qui leur appartiennent.* »
>
> (Coran, S.4, V.6)

La prescription exprimée par le texte est que le tuteur d'un orphelin impubère assume la tutelle sur les biens de ce dernier, et le consensus des juristes voit dans le jeune âge du mineur la raison d'être de la tutelle sur ses biens : on dit donc qu'en tant que raison d'être de la tutelle sur les biens, le jeune âge du mineur est une circonstance adéquate désignée. Chaque fois qu'un texte lie une prescription à une circonstance adéquate, et qu'un texte ou le consensus permet d'établir que cette circonstance est la raison d'être de ladite prescription, on dit que c'est une circonstance adéquate désignée : c'est la plus haute catégorie de circonstances adéquates.

2. La circonstance adéquate conforme (*al-mounâsib al-moulâ'im*) : c'est une circonstance liée par le Législateur à une prescription, sans que le texte ni le consensus ne permette d'établir qu'elle constitue elle-même la raison d'être de cette prescription, mais dont un texte ou le consensus permet d'établir soit qu'elle constitue la raison d'être d'une prescription de même nature que la première, soit qu'une circonstance de même nature constitue la raison d'être de la première prescription, soit qu'une circonstance de même nature constitue la raison d'être d'une prescription de même nature que la première. Chaque fois que la circonstance adéquate est prise en compte de l'une de ces trois manières, on considère qu'y trouver la raison d'être d'une prescription est conforme à la démarche du Législateur. On dit donc que c'est une circonstance adéquate conforme, et les juristes s'accordent à considérer que ce type de circonstance constitue une raison d'être valide et permet d'établir un raisonnement analogique. Voici des exemples des trois possibilités mentionnées ci-dessus :

— une circonstance adéquate qui constitue elle-même la raison d'être d'une prescription de même nature que celle sur laquelle on veut statuer : c'est le cas du jeune âge de la fille mineure, pris comme raison d'être pour justifier la tutelle matrimoniale du père sur sa fille mineure. En effet, un texte prescrit que le père est le tuteur matrimonial de sa fille vierge mineure. Or, la prescription (la tutelle matrimoniale) est liée à deux circonstances, la virginité de la fille et son jeune

âge, et ni le texte lui-même, ni le consensus ne permet d'établir si la raison d'être de la prescription est la virginité de la fille ou son jeune âge. Par contre, le consensus a établi que le jeune âge de la fille mineure est la raison d'être de la tutelle sur ses biens, et la tutelle sur une personne et la tutelle matrimoniale sont de même nature (dans les deux cas, il s'agit de tutelle). On peut donc dire qu'en faisant du jeune âge de la fille mineure la raison d'être de la tutelle sur ses biens, le Législateur a considéré son jeune âge comme la raison d'être de toutes les formes de tutelle sur elle, y compris la tutelle matrimoniale. Donc, la raison d'être de la tutelle matrimoniale exercée par le père sur sa fille vierge mineure est le jeune âge de celle-ci, et puisque cette raison d'être (le jeune âge) se retrouve chez la veuve ou la divorcée mineure, l'analogie avec le cas de la vierge mineure permet d'établir que la tutelle matrimoniale s'applique aussi à la veuve ou à la divorcée mineure. On établit une analogie sur le même cas pour la fille aliénée ou arriérée mentale, assimilée à la fille mineure.

— une circonstance adéquate, liée à une prescription, est de même nature qu'une autre circonstance dont le Législateur a fait la raison d'être de la même prescription : c'est le cas de la pluie, liée à la permission d'accomplir deux prières en même temps. En effet, un texte prescrit la permission d'accomplir deux prières en même temps en cas de pluie ; cette permission est liée à la pluie, sans que le texte ni le consensus ne permette d'établir que la pluie constitue bien la raison d'être de la prescription. Mais un autre texte indique qu'il est permis d'accomplir deux prières en même temps lorsqu'on est en voyage, et là, le consensus permet d'établir que la raison d'être de la permission est le fait d'être en voyage. Or, la pluie et le fait d'être en voyage sont deux circonstances de même nature, dans la mesure où chacune d'elles implique une certaine difficulté. On peut donc penser qu'en faisant du fait d'être en voyage la raison d'être de la permission d'accomplir deux prières en même temps, le Législateur considère aussi toutes les circonstances de même nature comme des raisons d'être adéquates pour la même permission. On en conclut que la raison d'être de la permission d'accomplir deux prières en même temps lorsqu'il pleut est la pluie, et on établit à partir de là une analogie étendant cette permission à d'autres intempéries comme la neige et le froid.

— une circonstance adéquate est liée à une prescription, et le Législateur a fait d'une autre circonstance de même nature que celle-

là la raison d'être d'une prescription de même nature que la première : c'est le cas de la répétition des prières à plusieurs moments du jour et de la nuit, circonstance liée au fait que la femme n'a pas besoin de rattraper les prières qu'elle n'accomplit pas lors des menstrues. En effet, un texte prescrit que la femme ne jeûne pas et ne prie pas lorsqu'elle a ses règles, et qu'une fois purifiée, elle doit rattraper le jeûne obligatoire mais pas les prières. Aucun texte n'indique la raison d'être de cette prescription (le non-rattrapage des prières), mais l'on considère que, puisque les prières se répètent à plusieurs moments du jour et de la nuit, devoir les rattraper toutes serait une source de difficulté. Or, le Législateur a fait de nombreuses circonstances entraînant une difficulté ou une gêne, les raisons d'être de dispenses et de mesures d'assouplissement des règles : être malade ou en voyage dispense de jeûner pendant le Ramadan, être en voyage entraîne la permission d'abréger la prière, l'absence d'eau entraîne la permission d'accomplir les ablutions sèches, etc. Cela permet de penser que le Législateur considère toutes les formes de difficulté et de gêne comme des raisons d'être valides pour toutes les formes de mesures d'assouplissement : or, la répétition des prières à plusieurs moments du jour et de la nuit est une source présumée de difficulté, et le fait que la femme n'a pas à rattraper les prières qu'elle n'accomplit pas lors des menstrues est une mesure d'assouplissement.

Cette dernière catégorie permet de considérer un grand nombre de circonstances adéquates comme les raisons d'être de prescriptions, puisqu'il existe toujours, pour toute circonstance adéquate liée à une prescription, une circonstance de même nature dont le Législateur a fait la raison d'être d'une prescription de même nature que la première. Considérer une circonstance adéquate comme une raison d'être valide, lorsqu'une circonstance de même nature est la raison d'être d'une prescription de même nature que celle sur laquelle on veut statuer, assure donc une importante marge de manœuvre au raisonnement analogique. En effet, la conséquence en est que, puisque le Législateur a fait d'une source présumée de difficulté la raison d'être d'une mesure d'assouplissement, toutes les sources présumées de difficulté sont des raisons d'être valides pour toutes les mesures d'assouplissement.

Il est difficile d'imaginer l'existence d'une circonstance adéquate à laquelle le Législateur aurait lié une prescription, sans jamais avoir pris en compte une telle circonstance de l'une des manières décrites

ci-dessus, ne serait-ce qu'en faisant d'une circonstance de même nature que celle-là la raison d'être d'une prescription de même nature que la première. Les circonstances adéquates liées à des prescriptions sont donc soit désignées, soit conformes. Certains *ou<u>s</u>oûlî* ajoutent une autre catégorie, la circonstance adéquate isolée, qu'ils définissent comme une circonstance adéquate à laquelle le Législateur a lié une prescription, sans que rien ne permette d'établir qu'une telle circonstance puisse être considérée comme une raison d'être. On ne peut toutefois imaginer qu'une telle circonstance existe : comme nous l'avons montré, l'importante marge de manœuvre fournie par la possibilité de prendre en compte les circonstances de même nature liées aux prescriptions de même nature, ne permet pas l'existence d'une circonstance adéquate isolée.

3. La circonstance adéquate libre (*al-mounâsib al-moursal*) : c'est la circonstance à laquelle le Législateur n'a pas lié de prescription, et dont aucune indication juridique ne prouve qu'elle puisse être prise en compte, ni qu'elle ne doive pas être prise en compte. Une telle circonstance est dite adéquate parce qu'elle sert un intérêt, et elle est dite libre parce qu'elle n'est pas déterminée par une indication prouvant qu'elle doive ou ne doive pas être prise en compte. C'est ce que la terminologie juridique désigne par le terme d'intérêt général indéterminé (*al-ma<u>s</u>la<u>h</u>a al-moursala*). Ainsi, c'est au nom de circonstances relevant de l'intérêt général que les Compagnons ont pris des mesures comme d'imposer le *kharâj* sur les terres agricoles, de frapper des monnaies, de rassembler le Coran en un volume et de le diffuser sous cette forme, etc. : de telles mesures législatives sont fondées sur des circonstances dont aucune indication émanant du Législateur ne permet d'établir si elles doivent ou non être prises en compte.

La validité de la justification de mesures législatives par des circonstances adéquates libres a fait l'objet d'avis divergents chez les spécialistes : pour certains, elles ne peuvent fonder des mesures législatives parce que le Législateur ne les a pas prises en compte ; pour d'autres, elles peuvent fonder des mesures législatives parce que le Législateur ne les a pas déclarées invalides. Nous y reviendrons plus en détail.

4. La circonstance adéquate invalidée (*al-mounâsib al-moulghâ*) : c'est la circonstance qui, en apparence, peut servir de justification au jugement, mais que le Législateur n'a pas liée à une prescription et

dont Il indique, d'une manière ou d'une autre, qu'elle ne doit pas être prise en compte. Ainsi, par exemple, le lien de parenté égal du fils et de la fille ne justifie pas qu'ils reçoivent une part d'héritage égale et celui qui rompt le jeûne volontairement pendant le Ramadan ne doit pas subir une punition particulière sous prétexte de lui faire peur. La circonstance adéquate invalidée ne peut fonder une mesure législative, comme nous le verrons plus loin.

Comment établir la raison d'être d'un jugement

La raison d'être d'un jugement est déterminée de trois manières :

1. À partir des Textes

Le Coran ou la sunna précisent le pourquoi de la prescription mentionnée. On parle alors de raison d'être textuelle (*manṣoûṣ 'alayhâ*). Dans ce cas, le raisonnement analogique *(qiyâs)* consiste tout simplement à appliquer le contenu du texte. La raison d'être textuelle peut être exprimée par le texte soit de manière explicite, soit de manière implicite.

La raison d'être explicite, c'est la cause immédiate de la prescription mentionnée dans la phrase en des termes ne pouvant signifier autre chose. À titre d'exemple, citons les textes suivants et tout d'abord deux versets ; Le premier explique la raison pour laquelle Dieu envoie les messagers :

﴿رُّسُلًا مُّبَشِّرِينَ وَمُنذِرِينَ لِئَلَّا يَكُونَ لِلنَّاسِ عَلَى اللَّهِ حُجَّةٌ بَعْدَ الرُّسُلِ﴾

« *Des prophètes ont eu pour mission d'annoncer la bonne nouvelle aux hommes et en même temps de les avertir, afin qu'ils n'aient, une fois la mission des prophètes accomplie, plus d'excuse à invoquer devant le Seigneur.* »

(Coran, S.4/V.165)

Quant au deuxième, il justifie le don obligatoire d'un cinquième du butin de guerre aux pauvres :

﴿ كَيْ لَا يَكُونَ دُولَةً بَيْنَ الْأَغْنِيَاءِ مِنكُمْ ﴾

« *...cela afin que le butin ne soit pas partagé entre les seuls riches d'entre vous.* »

(Coran, S.59/V.7)

Citons encore la parole du Prophète (ﷺ) qui dit : « Si je vous ai interdit de conserver la viande des bêtes égorgées comme offrandes, c'était pour (que vous en nourrissiez) la foule, mais je vous autorise maintenant à en manger une partie et à en conserver une autre ».

Si les mots exprimant la raison d'être sont susceptibles d'avoir une autre signification, la raison d'être explicite est considérée comme probable. C'est le cas dans les versets suivants : celui qui définit l'heure de la prière :

﴿ أَقِمِ الصَّلَاةَ لِدُلُوكِ الشَّمْسِ إِلَىٰ غَسَقِ اللَّيْلِ ﴾

« *Accomplis assidûment la prière du déclin du soleil jusqu'à la tombée de la nuit.* »

(Coran, S.17/V.78)

Celui qui interdit les relations conjugales pendant la période des règles :

﴿ وَيَسْأَلُونَكَ
عَنِ الْمَحِيضِ ۖ قُلْ هُوَ أَذًى فَاعْتَزِلُوا النِّسَاءَ فِي الْمَحِيضِ ۖ ﴾

« *On t'interroge sur les menstrues. Réponds : « C'est une impureté. Abstenez-vous donc des rapports avec vos épouses pendant leurs menstrues.* »

(Coran, S.2/V.222)

﴿فَبِظُلْمٍ مِّنَ ٱلَّذِينَ هَادُوا۟ حَرَّمْنَا عَلَيْهِمْ طَيِّبَٰتٍ أُحِلَّتْ لَهُمْ﴾

Et celui qui explique la raison de la punition infligée aux Banî Israâ'îl :

> « *Pour leur injustice et pour avoir détourné trop de gens de la voie de Dieu, Nous avons interdit aux Juifs d'excellentes nourritures qui leur étaient permises auparavant.* »
> (Coran, S.4/V.160)

C'est encore le cas de la parole du Prophète (ﷺ) qui explique la pureté de l'eau qui a servi de breuvage au chat : « ...il fait partie de vos animaux domestiques ». Dans tous ces exemples, les mots exprimant la cause dans le texte arabe peuvent également avoir d'autres significations, quoique le contexte indique que, dans ces cas précis, ils expriment bien la cause.

La raison d'être implicite, quant à elle, n'est pas exprimée directement par un rapport de cause à effet, mais elle est déduite d'une phrase descriptive ou déclarative. Pour illustrer cela, voici certaines paroles du Prophète (ﷺ) : « Le juge doit s'abstenir de prononcer une sentence tant qu'il est en colère », « Le meurtrier n'a pas droit à l'héritage laissé par sa victime », « Le soldat d'infanterie a droit à une part du butin alors que le cavalier a droit à deux parts ». Et enfin sa réponse, à l'homme qui dit « J'ai eu un rapport intime avec ma femme un jour de jeûne », fut « Expie ta faute ».

C'est donc par la formulation et le contexte que l'on détermine si la raison d'être est explicite ou implicite, certaine ou probable.

2. À partir du consensus (ijmâ')

Si les *moujtahid* d'une époque donnée s'accordent sur la raison d'être d'un jugement, leur accord doit être pris en considération par leurs successeurs. Par exemple, c'est à partir du consensus qu'on explique la raison d'être de la tutelle sur la fille mineure, à savoir son jeune âge qui l'empêche de disposer de ses biens.

Ce procédé peut toutefois se discuter : dans quelle mesure peut-on vraiment parler de consensus, si celui-ci exclut les opposants au raisonnement analo-gique *(qiyâs)* qui, n'usant pas du *qiyâs* et ne

recherchant pas la raison d'être des prescriptions, ne se prononcent pas sur la question ?

3. À partir de l'examen et de la classification des raisons d'être possibles

Il s'agit d'examiner attentivement les circonstances liées aux prescriptions et de trier celles qui peuvent constituer des raisons d'être valides, pour déterminer ensuite quelle est la véritable raison d'être de la prescription examinée. Lorsqu'un texte exprime une prescription sur un cas, mais que ni le texte, ni le consensus ne permet d'établir la raison d'être de cette prescription, le *moujtahid* examine et classifie les raisons d'être possibles afin de déterminer la raison d'être de la prescription. Pour cela, il examine les circonstances liées au cas en question et pouvant constituer des raisons d'être valides, et vérifie si elles remplissent les conditions que doit remplir la raison d'être d'une prescription et de quelle manière elles sont prises en compte par le Législateur. Ce tri lui permet de rejeter les circonstances qui ne peuvent pas constituer la raison d'être de la prescription, pour aboutir ainsi à la véritable raison d'être.

Ainsi, par exemple, le texte interdisant l'usure et le délai d'exécution concerne l'échange de l'orge contre l'orge, sans que le texte ni le consensus ne permette d'établir la raison d'être de cette prescription. Pour la déterminer, le *moujtahid* procède à un tri en disant : la raison d'être de cette prescription est soit que l'orge est mesurable, soit qu'elle est comestible, soit que c'est un aliment de base dont on peut constituer des provisions ; le fait qu'elle est comestible ne peut constituer la raison d'être, puisque la même interdiction existe pour l'or, et que l'or n'est pas comestible ; le fait que c'est un aliment de base ne peut non plus constituer la raison d'être, puisque la même interdiction existe pour le sel, et que le sel n'est pas un aliment de base ; la conclusion est donc que la raison d'être de la prescription est que l'orge est mesurable. Sur la base de la raison d'être ainsi déterminée, on établit une analogie avec cette prescription pour tous les biens pouvant être pesés ou mesurés et l'on considère que l'usure et le délai d'exécution sont interdits pour tout échange de l'un de ces biens contre un bien de même nature. De même, un texte prescrit que le père est le tuteur matrimonial de sa fille vierge mineure, sans qu'un texte ni le consensus ne permette d'établir la raison d'être de cette

prescription : le *moujtahid* cherche à déterminer si la raison d'être est que la fille est mineure ou qu'elle est vierge ; il rejette la virginité car ce n'est pas une circonstance que le Législateur a prise en compte d'une manière ou d'une autre, et retient comme raison d'être le jeune âge de la fille mineure, parce que le Législateur a fait de cette circonstance la raison d'être de la tutelle sur les biens, qui est une prescription de même nature que la tutelle matrimoniale ; il décide donc que la raison d'être de la tutelle matrimoniale sur la fille vierge mineure est son jeune âge, et étend cette prescription par analogie à la fille divorcée ou veuve mineure, puisque la raison d'être (le jeune âge) se retrouve dans son cas. Pour prendre un dernier exemple, le texte interdisant de boire du vin n'indique pas la raison d'être de cette prescription, et le *moujtahid* cherche à déterminer si la raison d'être est que le vin provient du raisin, ou bien qu'il est liquide, ou bien qu'il produit l'ivresse : il rejette la première circonstance parce qu'elle est spécifique au vin et la seconde parce qu'elle est accessoire et non adéquate ; il retient donc la troisième et établit que la raison d'être de l'interdiction du vin est qu'il produit l'ivresse.

En résumé, le *moujtahid* doit examiner les circonstances présentes dans le cas principal, rejeter celles qui ne peuvent constituer les raisons d'être de prescriptions, et retenir celle qui lui paraît être la raison d'être la plus probable. Il se base dans ce tri sur les conditions que doit remplir la raison d'être, ne retenant que les circonstances objectives, susceptibles d'une évaluation précise, adéquates, et prises en compte d'une manière ou d'une autre par le Législateur. C'est dans ce choix de la circonstance adéquate que les avis des *moujtahid* peuvent différer. Ainsi, les hanafites considèrent que la circonstance adéquate pour constituer la raison d'être de l'interdiction de l'usure sur les biens mentionnés par les Textes est que ce sont des biens mesurables de même nature, tandis que pour les chafi'ites, c'est que ce sont des biens comestibles de même nature, et pour les malikites, que ce sont des aliments de base de même nature. De même, selon les hanafites, la circonstance adéquate pour constituer la raison d'être de la tutelle matrimoniale sur la fille vierge mineure est son jeune âge, tandis que selon les chafi'ites c'est sa virginité.

Certains *ou<u>s</u>oûlî* classent également parmi les moyens de déterminer la raison d'être, l'extraction du motif. Cela consiste à discerner le motif sur lequel la prescription est fondée, c'est-à-dire sa raison

d'être. Toutefois, l'extraction du motif ne peut avoir lieu que si le texte indique déjà une raison d'être sans préciser, parmi les circonstances mentionnées, laquelle exactement constitue cette raison d'être : il ne s'agit donc pas d'un moyen de déterminer la raison d'être, celle-ci étant indiquée par le texte, mais bien plutôt d'une réflexion permettant de distinguer la raison d'être de la prescription des circonstances secondaires qui lui sont associées mais qui n'ont pas d'incidence sur le jugement.

Prenons pour exemple le récit de la sunna selon lequel un bédouin vint trouver le Prophète (ﷺ) et lui dit : « Je suis perdu. » Le Prophète (ﷺ) lui demanda : « Qu'as-tu fait ? » Il répondit : « J'ai eu un rapport charnel avec ma femme un jour de Ramadan en connaissance de cause. » Le Prophète (ﷺ) lui dit alors : « Expie ta faute... » (jusqu'à la fin du *ḥadîth*). Ce texte indique clairement que la raison d'être de l'expiation due par le bédouin est l'action qu'il a commise ; le récit de cette action mentionne toutefois des circonstances qui ne contribuent pas à motiver l'obligation d'expier la faute, comme par exemple le fait qu'il était bédouin, que c'était avec sa femme qu'il avait eu un rapport charnel, ou encore que cela s'était passé un jour de Ramadan de telle année en particulier.

Le *moujtahid* écarte ces circonstances qui n'ont pas d'incidence sur le jugement, pour en distinguer la raison d'être de la prescription, qui est le fait d'avoir un rapport charnel un jour de Ramadan en connaissance de cause. Sur la base de cette raison d'être, les chafi'ites appliquent l'obligation d'expiation à tous ceux qui rompent le jeûne volontairement un jour de Ramadan en ayant un rapport charnel. Les hanafites, eux, établissent une analogie entre le rapport charnel et toute autre action constituant une rupture du jeûne, et étendent l'obligation d'expiation à tous ceux qui rompent le jeûne volontairement un jour de Ramadan, que ce soit en ayant un rapport charnel, en buvant, ou de toute autre manière : leur raisonnement les conduit à considérer que le motif de l'obligation d'expiation est la rupture volontaire du jeûne. L'extraction du motif consiste donc à distinguer la raison d'être de la prescription des circonstances qui lui sont associées mais qui n'ont pas d'incidence sur le jugement.

L'extraction du motif diffère donc de l'examen et de la classification des raisons d'être. On parle d'extraction du motif lorsque le texte indique le motif de la prescription, mais de façon imprécise et sans le distinguer des circonstances secondaires n'ayant pas d'incidence sur

le jugement. Mais on parle d'examen et de classification des raisons d'être possibles lorsqu'aucun texte n'indique le motif de la prescription : ce procédé vise donc à déterminer la raison d'être, et non pas simplement à la distinguer des circonstances secondaires. Par ailleurs, le procédé qui consiste à s'efforcer de définir une raison d'être non mentionnée dans les Textes et ne faisant pas non plus l'objet d'un consensus à l'issue de l'examen et de la classification des raisons d'être possibles, ce procédé fait partie des moyens de déterminer la raison d'être des prescriptions, et s'appelle définition du motif. Il s'agit de déduire la raison d'être d'une prescription contenue dans un texte, mais dont la raison d'être n'est pas mentionnée par les Textes et ne fait pas non plus l'objet d'un consensus.

Enfin, la vérification du motif consiste à vérifier la présence, dans un cas précis non mentionné par les Textes, de la raison d'être établie sur la base d'un texte ou du consensus, ou de tout autre procédé : ainsi, un texte précisant que la raison d'être de l'interdiction des rapports sexuels avec la femme ayant ses menstrues est l'indisposition, vérifie-t-on la présence de la même indisposition pour étendre la prescription à la femme en couches. De même, une fois établi que la raison d'être de l'interdiction du vin est qu'il provoque l'ivresse, on vérifie que les autres boissons fermentées provoquent également l'ivresse.

La cinquième source

Al-istiḥsân : le choix préférentiel

1. Définition
2. Les genres d'*istiḥsân*
3. Sa force probante
4. Les arguments des opposants

Définition

Le terme arabe *istiḥsân* signifie la préférence. Chez les *ouṣoûlî,* il désigne un procédé juridique qui consiste, sur la base d'une analyse rationnelle, soit à abandonner un résultat évident du raisonnement analogique (*qiyâs*) en faveur d'un résultat moins évident, mais plus approprié au contexte, soit à faire une exception à une prescription générale.

En étudiant un nouveau cas juridique, le *moujtahid* peut s'apercevoir qu'il a une double signification, un sens évident exigeant l'application d'une loi « x », et un sens latent moins évident nécessitant l'application de la loi « y ». S'appuyant sur des arguments valides, le *moujtahid* opte pour la loi « y » bien qu'elle soit moins évidente que « x ». Cette préférence est qualifiée, dans la terminologie juridique, d'*istiḥsân* (choix préférentiel). Lorsque, s'appuyant sur une indication, le *moujtahid* est amené à décider qu'un cas particulier constitue une exception à la loi générale, et à y appliquer un autre jugement, il s'agit aussi d'*istiḥsân*.

LES GENRES D'*ISTIḤSÂN*

Selon la définition, on distingue deux genres d'*istiḥsân* :

— le premier consiste à choisir entre deux *qiyâs* (raisonnements analogiques) l'un évident, l'autre latent.

— le second consiste à choisir entre deux prescriptions religieuses, l'une générale, l'autre exceptionnelle.

Exemples du premier genre

1. Les *fouqahâ'* de l'école hanafite pensent que de faire d'une terre agricole un acte de *waqf* (legs ou donation aux institutions de charité) concède automatiquement à la communauté le droit d'y faire passer des canaux d'irrigation, d'y tracer une voie publique, et d'accéder librement à sa source d'eau. En exprimant cet avis, ils font un choix juridique donc un *istiḥsân*. En effet, ce choix s'oppose à un *qiyâs* notoire qui établit une analogie entre l'acte de *waqf* et le contrat de vente dont tous les effets doivent être mentionnés par écrit.

Par quels arguments les hanafites justifient-ils leur choix ? Ils rappellent que le *waqf* doit profiter aux nécessiteux [pauvres, étudiants, orphelins]. Or, on tire entre autres profit d'une terre arable en y traçant une voie publique, en y construisant des canaux d'irrigation et en exploitant l'eau qu'elle renferme. Donc, l'acte de *waqf* à l'instar de celui de location, donne de fait accès à ces facilités. On n'a pas besoin de les mettre par écrit, puisqu'elles lui sont inhérentes.

Dans ce cas, le *qiyâs* (raisonnement analogique) évident est celui qui assimile l'acte de *waqf* au contrat de vente vu que tous les deux engendrent un transfert de propriété. Le *qiyâs* latent est celui qui assimile l'acte de *waqf* à celui de location parce que tous deux mettent des services et des facilités à la disposition d'une tierce personne. Tout comme sa location, le legs charitable d'une terre arable donne droit à toutes les facilités accessoires qu'elle offre.

2. En cas de litige entre le vendeur et l'acheteur sur le prix de la chose vendue avant la livraison — le premier prétend que ce prix est de 100 euros, alors que le second affirme qu'ils ont convenu de 90 euros — suivant le choix préférentiel (*istiḥsân*), les juristes de l'école

hanafite imposent aux deux parties d'échanger des serments attestant de leur bonne foi respective. Par contre, le *qiyâs* n'impose pas au vendeur de faire un serment puisqu'il est plaignant (il accuse l'acheteur d'avoir ôté dix euros au prix convenu). En effet, une prescription religieuse stipule que le plaignant doit présenter la preuve du bien-fondé de sa requête, et que le défendeur doit faire un serment s'il nie les faits (c'est le cas de l'acheteur qui nie avoir conclu la vente à 100 euros).

La préférence des hanafites pour l'échange des serments vient du fait qu'ils considèrent l'acheteur et le vendeur comme étant chacun à la fois plaignant et défendeur : le vendeur se plaint de l'acheteur qui a retranché 10 euros au prix et manqué à son engagement d'acquitter la somme convenue ; l'acheteur se plaint du vendeur qui ne lui a pas livré la chose vendue et nie avoir conclu la vente à 100 euros. Il convient donc que chacun prête serment. Dans ce cas, le *qiyâs* évident consiste à comparer ce litige à n'importe quel différend opposant un plaignant à un défendeur, alors que le *qiyâs* latent prend en considération la particularité du conflit et juge les deux parties plaignant et défendeur à la fois.

3. Les juristes de l'école hanafite considèrent que l'eau où s'est abreuvé un rapace (vautour, corbeau, aigle, épervier, hibou...) est pure selon le choix préférentiel (*itiḥsân*) mais impure selon le raisonnement analogique (*qiyâs*). Le *qiyâs* fait l'analogie entre les rapaces et les carnassiers (lion, léopard, tigre, loup...). La chair de ces animaux est interdite, on ne peut donc boire ou faire des ablutions avec l'eau qui leur a servi de breuvage. L'*istiḥsân* prend en compte la particularité des rapaces, à savoir qu'ils boivent avec leur bec en corne, leur salive ne se mélange pas avec l'eau qui reste pure. Les carnassiers, eux, lapent l'eau avec la langue et leur salive se mélange avec l'eau, ce qui la rend impure.

Tous ces exemples opposent deux sortes de raisonnement analogique, l'un littéral et évident, l'autre profond et latent. Convaincu que le deuxième raisonnement est pertinent, le *moujtahid* l'adopte et abandonne alors le premier, bien qu'il soit plus évident. Cette préférence s'appelle *istiḥsân*.

Exemples du deuxième genre

Une prescription religieuse interdit, en principe, de vendre ou d'établir un contrat sur un bien à venir. Toutefois, le choix préférentiel (*istiḥsân*) valide les contrats de location, de fermage, de location de services — bien que leur objet soit inexistant au moment de la conclusion — en se basant sur le besoin des gens et le fait qu'ils se connaissent.

De même, les juristes considèrent qu'un dépositaire est tenu pour responsable s'il meurt en ayant dilapidé le bien confié, car il a commis une forme de préjudice. Ils font exception, au titre de l'*istiḥsân*, du père, du grand-père ou du tuteur ayant dilapidé un dépôt. Ce choix préférentiel se base sur le fait que le père, le grand-père et le tuteur ont la charge financière du mineur et dépensent de ses biens pour pourvoir à ses besoins : il est donc possible que le dépôt dilapidé ait été dépensé pour les besoins de son propriétaire.

Les juristes considèrent également que le dépositaire n'est tenu pour responsable qu'en cas de préjudice ou de mauvaise gestion. Ils font exception, au titre de l'*istiḥsân*, de l'artisan dont on loue les services : celui-ci est tenu pour responsable, sauf s'il perd le bien confié en raison d'une force majeure. Ce choix préférentiel se base sur le fait que celui qui loue ses services engage sa responsabilité.

Ils déclarent invalides les donations faites par une personne sous interdiction judiciaire (pour folie ou incapacité mentale), mais acceptent l'acte de *waqf* établi par cette personne en sa propre faveur pour la durée de sa vie. En effet, cet acte préserve ses biens d'une éventuelle dilapidation. Il est donc en harmonie avec la finalité de l'interdiction judiciaire qui la touche.

Dans tous ces exemples, des lois exceptionnelles ont été appliquées au lieu de lois générales afin de répondre à une nécessité. Cela s'appelle aussi choix préférentiel (*istiḥsân*).

Sa force probante

La définition de l'*istiḥsân* et de ses deux formes montre qu'il ne représente pas une source du Droit musulman à part entière. Il dépend

du raisonnement analogique (*qiyâs*), en témoigne son premier genre qui consiste à choisir entre deux résultats de *qiyâs* plus ou moins évidents. Quant à son deuxième genre, il est fortement lié à l'intérêt particulier ou général qui fait qu'on opte pour une loi exceptionnelle au lieu d'une loi générale.

Ce sont surtout les *fouqahâ'* de l'école hanafite qui tirent leurs jugements de l'*istiḥsân*. Ils défendent leur position en disant que l'*istiḥsân* n'est qu'un choix entre deux *qiyâs* contradictoires, fondé sur une preuve logique, ou une option en faveur d'une loi exceptionnelle justifiée par l'intérêt particulier ou général. Il s'agit donc toujours d'une argumentation valide.

LES ARGUMENTS DES OPPOSANTS DE L'*ISTIḤSÂN*

Certains *moujtahid* rejettent l'*istiḥsân*, le considérant comme une interprétation subjective des lois religieuses. Leur chef de file est l'imam ach-Châfi'î qui a dit : « Celui qui exprime une préférence juridique invente une loi ». Dans son traité de *ouṣoûl al-fiqh*, "Arrisâla", il est écrit : « Celui qui préfère une loi à une autre est semblable à celui qui se dirige dans sa prière vers une direction qu'il estime être celle de la Ka'ba, sans s'appuyer sur la moindre preuve comme l'exige la religion » et « l'*istiḥsân* n'est qu'une appréciation personnelle. Si la religion permettait une pareille appréciation, elle l'aurait acceptée des penseurs qui n'ont aucun savoir religieux. Il aurait aussi été permis à tout un chacun de décréter la loi qui lui convient ou de faire l'interprétation qui lui plaît. »

À notre avis, le conflit entre les partisans de l'*istiḥsân* et ses opposants est né d'un malentendu autour de sa signification. S'il s'accordaient sur une définition unique, le conflit disparaîtrait. En effet, la préférence d'un raisonnement à un autre ou d'une loi exceptionnelle à une loi générale doit s'appuyer sur des arguments valides, non pas sur des sentiments. Il arrive à tout juge, en traitant un cas, d'y déceler un élément qui en fait un cas particulier et de décider de faire une exception dans l'application de la loi : ce n'est rien d'autre qu'une forme de choix préférentiel.

Ach-Châṭibî, dans son livre "Al-mouwâfaqât", estime que : « Celui

qui fait un *istiḥsân* ne doit pas se référer à son goût et à ses désirs personnels, mais aux objectifs ultimes de la Loi musulmane, dans l'examen du cas qui lui est soumis. Il existe des situations où l'application du jugement résultant du *qiyâs* peut aller à l'encontre de l'intérêt (particulier ou général) ou même causer un préjudice ».

* *
*

La sixième source

Al-maṣlaḥa al-moursala : l'intérêt général indéterminé

1. Définition
2. Les arguments pour
3. Les conditions de sa validité comme source de lois
4. Les arguments contre

Définition

Dans la terminologie des *ouṣoûlî,* le terme arabe *al-maṣlaḥa al-moursala* ou *al-maṣlaḥa al-mouṭlaqa* signifie l'intérêt général « libre » ou « indéterminé », c'est-à-dire sur lequel le Législateur ne se prononce pas et dont aucun texte n'indique s'il doit ou non être pris en compte. C'est bien au nom de l'intérêt général que les Compagnons bâtirent des prisons, frappèrent de la monnaie, laissèrent les terres conquises aux mains des paysans qui les cultivaient en les soumettant à l'impôt foncier (*kharâj*), et toutes les nouveautés qui répondaient à divers besoins des Musulmans, et à propos desquelles la religion ne s'était pas prononcée.

La finalité de toute loi religieuse ou positive est de réaliser le bien-être des gens, c'est-à-dire pourvoir à leurs besoins et éloigner d'eux tout préjudice. Or, les besoins des êtres humains ne peuvent être délimités ni dénombrés : ils varient en fonction de l'évolution des sociétés et diffèrent d'un milieu à l'autre. Une loi peut être bénéfique à une époque mais néfaste à une autre, et elle peut, à une même époque, être utile dans un certain milieu mais gênante dans un autre.

Les besoins humains sur lesquels le Législateur s'est prononcé et

qui motivent des prescriptions de la charia, sont désignés par les *ousoûlî* comme les intérêts pris en compte par le Législateur. Ils comprennent par exemple :

— la sauvegarde de la vie humaine, assurée par la prescription religieuse qui établit la peine capitale pour les meurtriers,
— la préservation de la propriété, avec l'injonction de couper la main du voleur,
— le respect de l'honneur et de la réputation des gens, garanti par les prescriptions mentionnant les châtiments appliqués aux cas de médisance et de fornication.

Donc, l'homicide volontaire, le vol, la médisance et la fornication sont des circonstances prises en compte par le Législateur pour constituer les raisons d'être de prescriptions : ce sont selon le cas, comme nous l'avons vu plus haut, des circonstances adéquates désignées (*al-mounâsib al-mou'thar*) ou des circonstances adéquates conformes (*al-mounâsib al-moulâ'im*). Ces circonstances motivent des mesures législatives, pour le bien de la société.

Quant aux besoins divers correspondant à l'évolution des circonstances après la mort du Prophète (ﷺ), et sur lesquels les Textes ne se prononcent pas et ne fournissent aucune indication, on les appelle les circonstances adéquates libres (*al-mounâsib al-moursal*), c'est-à-dire indéterminées mais relevant de l'intérêt général (*al-maslaha al-moursala*). Nous en citons ci-dessous quelques exemples :

— L'intérêt général de la société exigea à un moment donné de consigner par écrit les contrats de mariage. Ainsi, le contrat devint la preuve de la validité du mariage.
— L'intérêt général dicta la nécessité d'enregistrer les contrats de vente (immobilière) auprès d'un organisme étatique. Un contrat non enregistré ne peut conduire à un transfert de propriété.

Ces besoins ne sont pas mentionnés dans les Textes, et ne sont ni approuvés, ni désapprouvés par la religion : ils font donc partie de la catégorie de l'intérêt général indéterminé (*al-maslaha al-moursala*).

Les arguments pour

La majorité des *'oulamâ'* considèrent l'intérêt général indéterminé, *al-maslaha al-moursala*, comme une indication juridique valide sur la base de laquelle on peut légiférer. Quand les Textes, le consensus (*ijmâ'*), le raisonnement analogique (*qiyâs*) et le choix préférentiel (*istihsân*) ne permettent pas de statuer sur un fait, celui-ci doit être examiné à la lumière de l'intérêt général de la société. Il n'est pas indispensable qu'une indication religieuse confirme que le besoin en question peut effectivement motiver une prescription.

Les *'oulamâ'* fondent leur avis sur deux arguments :

D'une part, les besoins des hommes évoluent et augmentent d'une époque à l'autre et d'un milieu à l'autre. Si l'on n'élabore pas de nouvelles lois pour répondre à ces besoins et si l'on s'en tient aux besoins mentionnés dans les Textes, la vie de la société se compliquera et son bon déroulement sera entravé de multiples manières. Ainsi, la législation ne pourra pas évoluer conjointement avec la société, ce qui ne correspond pas au but ultime de la charia, à savoir pourvoir aux besoins des êtres humains.

D'autre part, en étudiant la démarche législative des Compagnons, on s'aperçoit qu'ils avaient introduit plusieurs lois pratiques et mesures, simplement pour servir l'intérêt général des Musulmans, et non parce qu'ils avaient trouvé dans les Textes une justification de leur action : Aboû Bakr, par exemple, rassembla les différents manuscrits du Coran, déclara la guerre aux Musulmans qui refusaient de payer la *zakât*, nomma 'Omar comme son successeur. Quant à ce dernier, il valida le divorce prononcé trois fois de suite, priva les alliés potentiels (*al-mou'allafa qouloûbouhoum*)[1] de leur part d'aumône, instaura l'impôt foncier sur les terres conquises (*al-kharâj*), nomma des secrétaires d'État, eut recours aux prisons et suspendit l'application du châtiment consistant à couper la main du voleur pendant l'année de disette. 'Othmân, le troisième calife, unifia les Musulmans dans une seule lecture du Coran dont l'authenticité fut démontrée à l'unanimité, en assura la diffusion et fit brûler les autres manuscrits. Il donna une part d'héritage à la femme répudiée suite à un divorce

1. "Ceux dont les cœurs sont à gagner" : les non-Musulmans qui ne témoignent pas d'animosité envers l'Islam.

échappatoire[1]. 'Alî condamna au bûcher les chiites extrémistes. Suivant la même démarche, les *'oulamâ'* hanafites imposent l'interdiction judiciaire au mufti aux mœurs dissolues, au médecin charlatan et au négociateur en faillite. Les *'oulamâ'* malikites approuvent l'emprisonnement de l'accusé et sa bastonnade lors de l'interrogatoire pour qu'il avoue son crime. Les *'oulamâ'* chafi'ites se prononcent pour un châtiment égal pour toutes les personnes qui participent à l'assassinat d'un seul individu. Toutes ces décisions juridiques ont été prises en vue de servir l'intérêt général de la société. Dans tous ces cas, c'est la présence d'un intérêt à servir et l'absence d'indication contraire émanant du Législateur qui ont fondé la décision juridique : on n'a pas attendu, pour légiférer en réponse à ces besoins, de trouver une preuve juridique le permettant explicitement. Ainsi, al-Qarâfî dit : « Les Compagnons prirent certaines mesures pour servir l'intérêt général des Musulmans, parce que rien ne les interdisait et non parce que des preuves religieuses les justifiaient ». Ibn 'Aqîl dit : « La politique comprend toutes les mesures qui sauvegardent les intérêts des gens et les préservent de la corruption, même si ces mesures n'ont été ni décrétées par le Prophète (ﷺ) ni mentionnées dans le Coran. Celui qui prétend qu'il n'y a pas d'autre politique que celle dictée explicitement par la charia se trompe et accuse les Compagnons de s'être trompés dans leur façon de comprendre la législation islamique. »

Les conditions de sa validité comme argument juridique

Les *'oulamâ'* qui s'appuient sur l'intérêt général indéterminé dans l'élaboration des lois, ont posé certaines conditions qui déterminent leur choix, afin de ne pas laisser la porte ouverte aux désirs des uns ou au bon vouloir des autres.

Ainsi, pour que la considération de l'intérêt général indéterminé donne naissance à une loi pratique, il faut :

1. C'est une répudiation faite par le mari agonisant, souvent sous la pression de ses héritiers mâles, qui engendre une privation de la future veuve de sa part d'héritage.

1. Que l'intérêt servi soit réel et non fictif : la loi conséquente servira donc effectivement à réaliser un bien et à écarter un danger ou un préjudice. Quand la loi est fondée sur un intérêt fictif, et sans estimation de l'éventuel préjudice qu'elle peut engendrer, elle n'a pas lieu d'être. C'est le cas, par exemple, lorsqu'on retire au mari le droit de répudier sa femme et qu'on réserve exclusivement au juge le droit de prononcer le divorce.

2. Que l'intérêt servi soit général et non personnel, la loi résultante profitera au plus grand nombre de gens possible ou les protégera, et ne privilégiera pas une personne ou un nombre restreint d'individus. Il est donc interdit de décréter une loi pour le bien d'un prince ou d'un homme influent sans aucune considération pour le bien public.

3. Que la loi adoptée pour servir cet intérêt ne soit pas en contradiction avec une prescription ou un principe mentionné dans les Textes ou reconnu par le consensus (*al-ijmâ'*). On ne peut considérer, par exemple, l'égalité entre la fille et le fils en matière d'héritage parce que cela s'oppose à un texte coranique. Partant de cette règle, on déclare erronée la fatwa faite par le *faqîh* andalou élève de Mâlik ibn Anas, Ibn Yahyâ al-Laythî al-Mâlikî, et qui consiste en ce qui suit :

Un prince andalou rompit son jeûne de Ramadan intentionnellement. Il demanda à al-Laythî ce qu'il devait faire pour expier son péché. Ce dernier lui répondit que seul un jeûne continu de deux mois lui permettrait d'expier sa faute, alors qu'un texte clair mentionne que l'expiation d'un tel acte se fait soit par l'affranchissement d'un esclave, soit par deux mois de jeûne continu, soit en nourrissant soixante pauvres. Al-Laythî pensait que le but de l'acte expiatoire était que le pécheur sente l'impact de la punition et se repente définitivement : c'est au nom de cet intérêt qu'il obligea le prince à jeûner deux mois, puisqu'affranchir un esclave lui aurait été facile vu sa richesse. Mais, en prenant cette décision, il contredisait un texte indéfini qui ne fait exception ni du pauvre, ni du prince. L'intérêt servi par ce *faqîh*, à savoir éduquer le prince, n'est donc pas valide puisqu'une prescription contraire existe dans les Textes.

En résumé, trois possibilités existent : soit une preuve existe que l'intérêt à servir, ou autrement dit la circonstance adéquate pouvant fonder une prescription, est pris en considération par le Législateur directement ou indirectement (c'est *al-mounâsib al-mou'thar* ou *al-mounâsib al-moulâ'im*) ; soit une preuve existe que cet intérêt ne doit

pas être pris en compte (c'est *al-mounâsib al-moulghâ*) ; soit cet intérêt n'est ni approuvé ni invalidé par la religion : c'est la circonstance adéquate libre (*al-mounâsib al-moursal*), pouvant faire l'objet d'une prescription au nom de l'intérêt général indéterminé (*al-maṣlaḥa al-moursala*).

Les arguments contre

Un nombre restreint de *'oulamâ'* soutiennent que l'intérêt général indéterminé, celui donc qui n'est ni approuvé ni désapprouvé par le Législateur, ne doit pas être considéré comme une source de Droit. Ils s'appuient sur deux arguments :

1. La charia a pourvu à tous les besoins des hommes à travers les prescriptions des Textes et par le biais du raisonnement analogique qu'elle agrée. Dieu, Législateur suprême, a indiqué le chemin aux croyants en prenant tous leurs intérêts en considération. Un intérêt dont les Textes ne parlent pas est donc fictif et ne peut motiver une loi.
2. Permettre de fonder des lois sur l'intérêt général indéterminé peut mener à la perdition des Musulmans, s'ils sont gouvernés par des princes despotes et volages et guidés par des muftis incompétents. Ceux-ci peuvent se méprendre et voir du bien là où il y a du mal. La détermination de l'intérêt est variable et subjective, et ouvrir la porte à une pareille législation, c'est ouvrir la porte à la corruption et au mal.

En ce qui nous concerne, nous penchons pour l'avis qui admet l'intérêt général indéterminé comme source de Droit, parce que cela préserve la législation islamique de la sclérose et lui permet de répondre aux besoins des différents milieux et des différentes époques. Quant à l'avis qui prétend que tous les intérêts humains dans tous leurs détails sont mentionnés dans les Textes, nous pensons qu'il est irréaliste. Il est indiscutable que des questions surviennent sur lesquelles on ne trouve pas d'indication dans les Textes. À ceux qui craignent l'abus et la corruption, nous rappelons les trois conditions *sine qua non*, citées plus haut, pour légiférer à partir de l'intérêt général indéterminé et qui stipulent que l'intérêt servi doit être général, réel et compatible avec les principes religieux.

Ibn al-Qayyim dit : « Certains Musulmans n'ont pas accordé une attention suffisante à l'intérêt général indéterminé. Ils ont ainsi amputé la charia de sa capacité à répondre aux besoins des gens et se sont interdit de suivre des voies justes qui mènent à l'équité et à la justice. D'autres ont commis l'excès inverse en forgeant des lois en contradiction avec la Loi divine et ont provoqué un mal considérable ».

LA SEPTIÈME SOURCE

AL-'OURF : L'USAGE

1. Définition
2. Ses diverses formes
3. Sa force probante

Définition

Le terme arabe *'ourf* (usage) signifie ce qui est reconnu par les hommes ou bien ce qu'ils suivent. Cela peut être une habitude orale, gestuelle ou un comportement ; bref, tout ce qui relève de la coutume.

Citons par exemple, pour les Arabes, l'habitude de faire du troc, de désigner leur fils par un terme différent de celui qui désigne leur fille, de donner la qualification de viande à la chair de tous les animaux comestibles sauf celle du poisson. Autrement dit, l'usage (*al-'ourf*) représente les coutumes des gens, toutes catégories confondues, à la différence de l'*ijmâ'* qui est le consensus des spécialistes.

Ses diverses formes

Il existe deux types d'usage : le bon et le mauvais. Le bon usage comprend toutes les habitudes compatibles avec les préceptes de la religion, c'est-à-dire qui n'interdisent pas un devoir religieux et qui ne permettent pas un acte illicite. C'est, par exemple, les habitudes suivantes : la pratique des contrats de location de services, le versement de la dot de la mariée en deux fois, la consommation du mariage uniquement après le premier versement de la dot, ou encore

considérer les présents offerts par le fiancé à sa future épouse pendant la période des fiançailles comme des cadeaux et non comme la dot.

Le mauvais usage est au contraire les habitudes incompatibles avec la religion, c'est-à-dire celles conduisant à des pratiques illicites ou empêchant l'accomplissement d'un devoir religieux. Citons, par exemple, certaines manifestations excessives d'émotion pendant les mariages ou de chagrin au moment des funérailles, ou encore la pratique de l'usure ou des jeux de hasard.

Sa force probante

Les bonnes coutumes doivent être prises en considération par le *moujtahid* lors de l'élaboration des lois, et par le juge lors de leur application. En effet, les coutumes font partie de la vie quotidienne des gens et répondent à leurs besoins ; tant qu'elles ne s'opposent pas à la religion, il n'y a pas de mal à les conserver. Dieu a bien pris en compte certaines traditions arabes en les pérennisant, comme le fait de payer le prix du sang, d'exiger que le marié soit apte au mariage et de tenir compte de l'appartenance tribale lors du partage de l'héritage ou du choix du tuteur.

Les *'oulamâ'* considèrent donc que la coutume a force de loi. L'usage a son rôle à jouer dans l'élaboration du droit. Ainsi Mâlik fondait-il souvent ses avis juridiques sur la pratique des Médinois. Aboû Hanîfa et ses élèves avaient souvent des divergences d'avis, dues aux différences de leurs coutumes respectives. Ach-Châfi'î modifia certains de ses avis émis à Bagdad lorsqu'il s'installa en Égypte, parce les coutumes de ce pays étaient différentes de celles de l'Irak ; c'est pourquoi on distingue chez lui deux doctrines, chacune d'elles ayant été développée dans un des deux pays. Les juristes hanafites ont tiré plusieurs lois des coutumes, comme par exemple :

— Si les deux parties d'un procès se présentent comme plaignant et qu'aucune d'elles n'avance de preuve tangible, on tranche en se référant à l'usage.
— Si les deux époux n'arrivent pas à un accord sur la répartition de la dot en deux versements, on tranche d'après l'usage.
— Celui qui jure de ne plus manger de viande puis mange du poisson, n'est pas considéré comme ayant commis un parjure, selon

l'usage.

— Un bien mobilier peut faire l'objet d'un acte de *waqf* si les coutumes l'agréent.

— Les conditions auxquelles est soumis un contrat peuvent être soit dictées par la Loi religieuse, soit stipulées par le contrat lui-même, soit imposées par l'usage. Le célèbre érudit Ibn 'Âbidîn a rédigé une épître portant le titre de "Nachr al-'arafi fîmâ bouniya min al-ahkâmi 'alâ al-'ourfi", ce qui signifie « Reconnaître les lois tirées des coutumes ». Citons enfin ce principe juridique bien connu : « L'usage reconnu a la même valeur que les conditions stipulées, et l'usage assure la même légitimité qu'un texte ».

Par contre, les mauvaises coutumes ne doivent pas être respectées, parce qu'elles sont en contradiction avec la religion. Si les gens ont l'habitude de pratiquer l'usure, ou de conclure des contrats aléatoires, qu'ils sachent que cette habitude ne donne pas de validité à leurs pratiques. Ainsi, le droit positif ne tient pas compte des coutumes qui vont à l'encontre de la Constitution ou de l'ordre public. De telles pratiques sont envisagées sous un autre angle, à savoir celui de la nécessité. Si elles sont indispensables ou nécessaires au bon déroulement de la vie des gens, on les tolère parce que ce qui est indispensable est toléré, même si c'est illicite. Si elles ne sont pas indispensables, elles sont alors déclarées invalides, même si l'usage les accepte.

Les lois tirées de l'usage évoluent avec lui, et varient selon les époques et les lieux, car toute conséquence se modifie avec sa cause. Décrivant les différences d'opinions juridiques résultant de ce phénomène les juristes disent : « Ce sont des différences d'époques et de lieux et non des différences de preuves et d'arguments ».

En réalité, l'usage ne constitue pas une source de lois à part entière, mais est souvent lié à l'intérêt général. On tient compte de l'usage non seulement en élaborant le Droit musulman, mais aussi en expliquant les Textes ; il aide à trouver le sens particulier d'un texte à portée générale ou à préciser une prescription indéfinie. Parfois, on donne priorité à l'usage sur le raisonnement analogique, comme dans le cas du contrat de location de services, qui est valide selon l'usage, mais invalide selon le raisonnement analogique puisqu'il porte sur quelque chose qui n'existe pas encore.

La huitième source

Al-istishâb : La présomption de continuité

1. Définition
2. Sa force probante

Définition

Le terme arabe *al-istishâb* signifie littéralement la compagnie, mais chez les *ousoûlî*, il désigne une attitude juridique qui consiste à entériner le *statu quo* tant qu'on n'a pas de preuve tangible d'un changement ; c'est-à-dire qu'un jugement ou une loi existant dans le passé reste en vigueur, tant qu'aucun texte n'atteste son abrogation.

Si l'on demande l'avis d'un *moujtahid* sur un contrat ou un comportement et qu'il ne trouve ni texte, ni preuve juridique s'y appliquant, il présume que le contrat ou le comportement est licite. Il base son avis sur la présomption de permission. Dieu a créé la terre et permis aux hommes d'y vivre, et d'y chercher leur nourriture et leur travail : les choses sont normalement licites, et le demeurent tant qu'aucune preuve ne vient attester le contraire. Par conséquent, si l'on demande l'avis d'un *moujtahid* sur la permission de consommer la chair d'un animal, une plante, ou toute autre nourriture, ou encore sur la permission d'accomplir telle ou telle action, il considérera que ces aliments ou ces actions conservent leur caractère licite tant qu'aucune indication ne le modifie.

On considère que les choses sont à l'origine licites, parce que le Coran dit :

﴿هُوَ ٱلَّذِى خَلَقَ لَكُم مَّا فِى ٱلْأَرْضِ جَمِيعًا﴾

« *C'est Lui qui a créé pour vous tout ce qui est sur la terre.* »

(Coran, S.2/V.29)

Plusieurs versets disent clairement que Dieu a mis à la disposition des hommes tout ce qu'Il a créé sur terre et dans les cieux : or, ce qui est à la disposition des hommes leur est nécessairement licite, puisqu'il y a contradiction entre interdire une chose à quelqu'un et la mettre à sa disposition.

Sa force probante

L'*istiṣḥâb* représente le dernier recours du *moujtahid* qui cherche à statuer sur un fait. Les *ouṣoûlî* disent à ce propos : Le dernier avis que l'on choisit est de présumer que le statut du fait perdure, tant que la preuve tangible du changement n'a pas été avancée. En fait, cette façon de raisonner est innée et correspond au comportement normal de l'être humain : si l'on sait que telle personne est vivante, on suppose qu'elle l'est toujours jusqu'au jour où on a la preuve de sa mort ; si l'on sait que telle femme est l'épouse de tel homme, on présume qu'elle l'est toujours jusqu'à ce que l'on ait la preuve de son divorce, etc. Ainsi, la justice considère que :

— nul ne peut être dépossédé de son bien, tant qu'il n'y a pas de preuve de transfert de propriété ;
— la vie maritale entre deux époux est supposée licite, tant que rien ne prouve le contraire ;
— la personne est responsable des choses confiées à sa garde, tant qu'elle ne présente pas la preuve de son désengagement ;
— on est libre de tout engagement envers quiconque, tant que rien n'atteste le contraire.

Donc, toute chose garde son statut initial jusqu'à preuve d'un changement. Le système judiciaire prend en considération l'*istiṣḥâb*, en présumant que :

— le droit de propriété acquis par une personne, ne peut lui être retiré que sur présentation d'une preuve tangible de sa caducité ;

— la relation conjugale induite par le contrat de mariage demeure valide jusqu'à ce que soit produite une preuve l'invalidant ;

— la responsabilité de celui qui a contracté une dette demeure engagée jusqu'à preuve du contraire ;

— on ne peut imputer une responsabilité quelconque à quelqu'un, tant qu'on n'a pas la preuve qu'il soit engagé par un contrat ou autre.

Ainsi, la situation ou le statut initial de la chose ou de la personne, qui est de notoriété publique, conserve sa validité jusqu'à ce que soit produite la preuve de son changement.

Ainsi, l'article 180 du statut personnel suivi par les tribunaux religieux en Égypte stipule qu' « il suffit qu'une personne témoigne et atteste qu'une dette a été contractée entre un créancier et un débiteur pour engager la responsabilité de ce dernier, même s'il n'a pas été certifié que la dette n'est toujours pas remboursée. Il en est de même pour le témoignage oculaire ». L'article 181 du même statut stipule qu' « il suffit qu'une seule personne témoigne et atteste de l'existence d'un testament pour qu'il soit considéré valide, même si on n'apporte pas la preuve que son auteur l'a maintenu jusqu'à sa mort ».

C'est toujours à partir du principe de la présomption de continuité (*istiṣḥâb*) que l'on déduit les principes suivants du Droit musulman :

— l'état initial demeure jusqu'à preuve du contraire,

— les choses sont normalement licites,

— ce qui a été certifié valide ne peut être invalidé sur un doute,

— tout individu est présumé innocent jusqu'à preuve de sa culpabilité.

Il est toutefois excessif de considérer la présomption de continuité comme une preuve juridique à part entière : la preuve véritable est celle qui a permis d'établir le jugement qui reste en vigueur, et la présomption de continuité permet seulement de confirmer la validité de cette preuve. C'est pourquoi les juristes hanafites considèrent que la présomption de continuité (*istiṣḥâb*) peut servir à écarter un jugement mais n'a pas de force probante positive, c'est-à-dire qu'elle permet d'écarter tout changement du *statu quo*, jusqu'à ce qu'une preuve

nouvelle justifie ce changement, mais ne peut servir à établir ce qui ne l'était pas précédemment. Ainsi, par exemple, un disparu, c'est-à-dire quelqu'un d'absent dont on ne sait s'il est vivant ou mort, est considéré comme vivant, sur la base de la présomption de continuité, jusqu'à ce qu'il soit fait la preuve de son décès. Cela permet d'écarter les changements qui auraient lieu s'il était reconnu mort, comme le transfert de ses biens par héritage, ou l'annulation de ses contrats et de son mariage. Cependant, cela ne permet pas de justifier des changements comme de le faire hériter de quelqu'un, puisque la présomption de continuité le reconnaissant comme vivant n'a qu'une valeur théorique et n'est pas prouvée en pratique.

La neuvième source

Char' man qablanâ : les lois des peuples monothéistes

Quand le Coran ou la sunna authentifiée relate que les peuples qui avaient reçu les Écritures avant l'avènement de l'Islam, suivaient telle ou telle loi, qu'elle leur était enseignée par leurs prophètes, et qu'elle s'adresse aussi à nous, nous devons l'appliquer car elle a force de loi pour les Musulmans. Ainsi, Dieu dit :

﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ كُتِبَ
عَلَيۡكُمُ ٱلصِّيَامُ كَمَا كُتِبَ عَلَى ٱلَّذِينَ مِن قَبۡلِكُمۡ
لَعَلَّكُمۡ تَتَّقُونَ ﴾

« *Ô vous qui croyez ! le jeûne vous est prescrit, comme il l'a été pour les peuples qui vous ont précédés, ainsi atteindrez-vous la piété.* »

(Coran, S.2/V.183)

Toutefois, si le Coran ou la sunna mentionne une telle loi puis l'abroge, nous n'avons pas à l'appliquer. Citons, par exemple, les lois suivantes : selon les tables de la Loi transmises par Moïse, l'acte de désobéissance à Dieu ne peut être expié que par la mort de son auteur. La partie souillée d'un habit pur doit être coupée pour qu'il recouvre son état de pureté, etc. Toutes ces lois étaient très contraignantes pour les peuples qui ont vécu avant l'avènement de l'Islam et Dieu en a soulagé les Musulmans.

Des divergences existent cependant quant au statut de certaines lois anciennes qui ont été relatées par le Coran ou le Prophète (ﷺ), sans qu'il soit spécifié si elles concernent les Musulmans, ou si elles ont été abrogées. C'est le cas, entre autres, des lois mentionnées dans les versets suivants :

﴿ مِنْ أَجْلِ ذَٰلِكَ كَتَبْنَا عَلَىٰ بَنِي إِسْرَٰٓءِيلَ أَنَّهُۥ مَن قَتَلَ نَفْسًۢا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي ٱلْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ ٱلنَّاسَ جَمِيعًا ﴾

« *C'est pour cela que fut imposée par Nous cette loi aux fils d'Israël : Quiconque aura tué un être humain, sans que ce dernier ait commis un homicide ou semé le désordre sur terre, ce sera comme s'il avait tué l'humanité toute entière.* »

(Coran, S.5/V.32)

﴿ وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَآ أَنَّ ٱلنَّفْسَ بِٱلنَّفْسِ وَٱلْعَيْنَ بِٱلْعَيْنِ وَٱلْأَنفَ بِٱلْأَنفِ وَٱلْأُذُنَ بِٱلْأُذُنِ وَٱلسِّنَّ بِٱلسِّنِّ وَٱلْجُرُوحَ قِصَاصٌ ﴾

« *Nous avons prescrit dans la Thora à ceux qui pratiquent le judaïsme : vie pour vie, œil pour œil, nez pour nez, oreille pour oreille, dent pour dent. Les blessures relèveront du talion.* »

(Coran, S.5/V.45)

Les *'oulamâ'* hanafites, ainsi que certains malikites et chafi'ites, considèrent que ces lois sont coercitives pour les Musulmans, sinon le Coran n'en aurait pas parlé. Selon eux, elles font partie de la Loi de Dieu : ainsi, les hanafites se réfèrent aux lois mentionnées dans ces versets pour condamner à mort le Musulman qui a tué un non-Musulman ou l'homme qui a tué une femme, en s'appuyant sur la

parole divine « *vie pour vie* ».

Par contre, certains *'oulamâ'* soutiennent que, puisque la Loi de l'Islam abroge toutes celles qui l'ont précédée, seules les injonctions réitérées par le Coran ont force de loi pour les Musulmans.

Nous pensons que le premier avis est le plus pertinent. L'Islam a abrogé les lois contraires à l'esprit de la justice divine, mais pas les autres. Si le Coran mentionne une loi antérieure il l'approuve implicitement, même s'il n'enjoint pas explicitement aux croyants de la suivre. Elle est considérée comme une prescription divine à valeur coercitive. Puisque le Coran est venu témoigner de la véracité de l'Évangile et de la Thora, les prescriptions de ces deux Livres qu'il mentionne sans les abroger demeurent valables.

La dixième source

Madhhab as-Sahâbî : l'opinion du Compagnon

Après la mort du Prophète (ﷺ), plusieurs Compagnons, réputés pour avoir longtemps vécu avec lui et pour leur bonne connaissance du Coran et de ses prescriptions, assumèrent la tâche de juges et de muftis auprès des Musulmans. Un certain nombre de leurs fatwas et avis juridiques font l'objet de recueils, écrits par des Musulmans de la seconde ou de la troisième génération. Certains les consignaient dans les mêmes recueils que ceux de la sunna. Quel est le statut de ces fatwas ? Le *moujtahid* doit-il s'y référer comme source du Droit musulman avant d'avoir recours au raisonnement analogique, ou ne sont-elles que de simples avis personnels ?

En bref, on s'accorde à considérer que la parole du Compagnon a force de loi quand elle concerne des phénomènes non accessibles à la raison ou à la réflexion personnelle, parce que le Compagnon l'a forcément entendue du Prophète (ﷺ). À titre d'exemple, citons la parole de 'Aïcha : « Le fœtus ne peut rester dans le ventre de la mère plus de deux ans... ». De telles paroles ne sont pas le résultat d'un raisonnement personnel, et si elles sont authentiques, elles se fondent certainement sur une parole du Prophète (ﷺ). Elles font donc partie de la sunna, même si en apparence elles émanent d'un Compagnon.

On s'accorde également à considérer que la parole d'un Compagnon, qui n'a pas été contredite par l'un de ses contemporains, a force de loi pour les Musulmans. Le consensus des Compagnons concernant un cas précis — vu l'expérience qu'ils ont acquis en vivant avec le Prophète (ﷺ) et leur large savoir — est une preuve que leur avis s'appuie sur un argument irréfutable. Ainsi, lorsqu'ils sont tombés d'accord pour octroyer un sixième de l'héritage à la grand-mère du

défunt, cela est devenu une loi suivie par tous les Musulmans.

C'est seulement lorsque la parole du Compagnon se base sur un effort de raisonnement personnel et n'a pas fait l'unanimité parmi les Compagnons, que les différences d'opinion sont admises. Aboû Hanîfa et ses disciples optaient pour cet avis : « Je me conforme à ce que dit le Coran, sinon à ce que dit la sunna. Sinon, je suis l'opinion d'un Compagnon selon mon choix, mais je ne formule pas d'autre avis s'ils en ont formulé un. » Donc, Aboû Hanîfa suit les opinions personnelles des Compagnons en se permettant de choisir entre leurs avis, mais ne formule pas d'avis s'opposant à ceux qu'ils ont émis. Il n'applique pas le raisonnement analogique à un cas dont les Compagnons ont traité. Il semble considérer que la présence, par exemple, de deux avis différents sur un cas, implique un consensus des Compagnons sur l'absence d'une troisième possibilité, et il respecte donc ce consensus.

Quant à l'imam ach-Châfi'î, il n'accorde pas de valeur coercitive à la parole du Compagnon et il accepte qu'on la contredise. Il applique donc l'*ijtihâd* aux cas déjà traités par les Compagnons. En effet, ceux-ci étaient des êtres humains susceptibles de se tromper, et tout comme ils pouvaient se contredire les uns les autres, les *moujtahid* qui viennent après eux ont le droit de les contredire. Ainsi, ach-Châfi'î dit : « On ne peut se référer dans un jugement ou une fatwa qu'au Coran et à la sunna, qui sont des Textes sûrs, ou au consensus des *'oulamâ'*, ou encore au résultat d'un raisonnement analogique se fondant sur ces mêmes sources ».

DEUXIÈME PARTIE

AL-AḤKÂM ACH-CHAR'ÎYA

LES PRESCRIPTIONS DIVINES

— le Législateur
— la prescription divine
— l'objet de la prescription
— le sujet de la prescription

L'étude des prescriptions divines "*al-aḥkâm ach-char'îya*" comprend quatre chapitres :

I. *al-ḥâkim* : celui qui décrète la prescription ou la loi, c'est-à-dire le Législateur.

II. *al-ḥoukm* : la prescription qui détermine le statut des actes de la personne majeure et responsable et qui définit le licite et l'illicite ; c'est-à-dire la prescription divine, la loi, ou le jugement.

III. *al-maḥkoûm fîhi* : l'objet de la prescription divine, c'est-à-dire l'acte ainsi jugé, défini ou déterminé.

IV. *al-maḥkoûm 'alayhi* : le sujet de la prescription, c'est-à-dire la personne majeure et responsable soumise à la législation divine.

CHAPITRE 1

AL-HÂKIM : LE LÉGISLATEUR

— Qui est le Législateur ?
— Comment son jugement nous est-il connu ?

Les *'oulamâ'* musulmans reconnaissent unanimement que le Législateur suprême est Dieu. C'est Lui qui est la source des prescriptions, qu'elles soient énoncées explicitement dans les Textes révélés à Ses prophètes et, notamment, à Mohammad (ﷺ), ou que les *moujtahid* les en extraient ou les en déduisent par analogie. Donc, les *'oulamâ'* définissent la prescription divine comme la parole divine qui détermine les actes de la personne majeure et responsable (*al-moukallaf*)[1], soit en lui ordonnant d'accomplir tel acte ou de s'en abstenir, soit en lui laissant le choix entre deux actes différents, soit encore en décrétant des lois à respecter.

Le principe de base de toute réflexion portant sur les sources du Droit musulman est : Il n'y a de Législateur que Dieu. Ce principe est dérivé du verset coranique :

﴿إِنِ ٱلْحُكْمُ إِلَّا لِلَّهِ ۖ يَقُصُّ ٱلْحَقَّ ۖ وَهُوَ خَيْرُ ٱلْفَٰصِلِينَ﴾

« *Le jugement appartient à Dieu. Il fera éclater la vérité et Il est le meilleur des arbitres.* »

(Coran, S.6/V.57)

1. Personne majeure et responsable jouissant de toutes ses facultés, à laquelle s'adresse le discours du Législateur.

Toutefois, les *'oulamâ'* diffèrent quant à la possibilité pour la raison humaine de comprendre par elle-même les prescriptions divines. Ils apportent donc des réponses différentes à la question suivante : les êtres humains ont-ils vraiment besoin des messagers de Dieu pour leur enseigner Ses lois, ou la raison humaine est-elle capable de reconnaître le bien du mal et d'arriver ainsi à connaître le jugement de Dieu et à Le satisfaire ? Le désaccord des *'oulamâ'* se situe au niveau des moyens permettant de connaître et de comprendre les prescriptions de Dieu et Sa volonté, autrement dit, il porte sur le rôle de la raison humaine dans la compréhension de la volonté divine.

On distingue trois réponses différentes à cette question, qui ont donné naissance à trois écoles :

1. L'école ach'arite, « *al-achâ'ira* » : son chef de file est Aboû al-Hasan al-Ach'arî. Selon cette école, la raison humaine, seule, est incapable de connaître et de comprendre les prescriptions divines. Il faut que l'homme soit aidé par des messagers de Dieu qui les lui expliquent. Donc, l'envoi des prophètes et des messagers est nécessaire, parce qu'eux seuls peuvent nous apprendre à connaître le jugement de Dieu et à obéir à Sa volonté. En effet, dans ses jugements, la raison humaine diffère d'une personne à une autre. Parfois elle est inconstante chez la même personne ; ce qui lui semble bon et juste à un moment peut lui sembler mauvais et injuste à un autre. Cette inconstance, à laquelle s'ajoute l'influence de la passion et des sentiments, nous interdit de dire que ce que la raison juge bon, Dieu le juge bon aussi, et inversement.

Cette école considère que les actes bons et recommandables sont ceux qualifiés comme tels par Dieu, et que les actes mauvais et répréhensibles sont ceux déclarés tels par Dieu. Ainsi, c'est la religion qui détermine ce qui est bien et ce qui mal, non la raison. Cela correspond à la thèse des moralistes qui considèrent la Loi comme référence pour définir le bien et le mal ; le bien est ce que la Loi impose ou autorise, le mal est ce qu'elle interdit.

Selon cette école, l'être humain ne répond de ses actes devant Dieu qu'après avoir reçu Son message par le biais d'un messager ou d'un prophète. Il n'est donc récompensé ou châtié pour ses actes, bons et mauvais, que s'il a reçu un enseignement religieux transmis par des messagers de Dieu. Imaginons une personne ou une société isolée du reste du monde, n'ayant reçu aucun message religieux apporté par les

prophètes ; cette personne ou cette société n'est pas responsable devant Dieu du bien ou du mal qu'elle accomplit. Elle ne sera ni récompensée, ni punie. C'est le cas des peuples qui ont vécu avant l'avènement des religions. Dieu dit dans le Coran :

﴿وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّىٰ نَبْعَثَ رَسُولًا ﴿١٥﴾﴾

« *Nous ne punissons jamais un peuple avant de lui avoir envoyé un messager.* »

(Coran, S.17/V.15)

2. L'école moutazilite, « *al-mou'tazila* » : son chef de file est Wâṣil ibn 'Aṭâ'. Selon cette école, l'homme peut, grâce à sa raison, connaître le jugement de Dieu et faire la distinction entre le bien et le mal. Il n'a pas besoin des messagers pour lui apprendre cela. En effet, tout acte a des conséquences soit positives, soit négatives : grâce à ces conséquences, on peut distinguer le bien du mal. Cela correspond à la logique divine qui ordonne le bien et interdit le mal. Dieu prescrit aux hommes des lois compréhensibles et rationnelles. La raison peut alors les reconnaître par elle-même, et choisir le chemin qui mène à la satisfaction de Dieu.

Le principe de base de cette école est que le bien est ce que la raison définit en tant que tel, et que le mal est ce que la raison définit en tant que tel. Les prescriptions divines sont logiques et rationnelles parce que Dieu ne saurait prescrire aux hommes des lois qu'ils ne comprennent pas.

Partant de ce principe, les moutazilites considèrent que les gens n'ayant pas reçu de message religieux sont tout autant responsables de leurs actes, devant Dieu, que les gens en ayant reçu. Ils répondront devant Dieu du bien et du mal qu'ils ont accomplis.

Les disciples de cette école soutiennent que tout acte humain a des retombées, lesquelles le désignent comme bon ou mauvais ; que la raison humaine est capable de reconnaître la gratitude, la franchise, la fidélité et la confiance comme des qualités et leurs opposés comme des défauts. Par ailleurs, les lois prescrites par Dieu ont une visée pratique ; soit elles engendrent un bien, soit elles écartent un mal. La raison humaine peut donc les reconnaître toute seule et les appliquer.

3. Les mataridites, « *al-mâtarîdiya* » : leur chef de file est Aboû

Mansour al-Mâtarîdî. Cette école prône une voie médiane entre les deux précédentes. À notre avis, elle est la plus proche de la vérité. Elle reconnaît le rôle important de la raison dans la distinction du bien et du mal. Certes, tout acte humain a des conséquences, bonnes ou mauvaises, qui permettent à la raison de le classer en tant que bon ou mauvais. Toutefois, peut-on se satisfaire de la raison pour connaître le jugement de Dieu et se conformer à Ses injonctions ? Non. La raison humaine se trompe parfois. Certains actes humains sont tellement équivoques que la raison se trouve incapable de les déterminer comme bons ou mauvais. Le message religieux apporté par les prophètes est donc nécessaire pour pallier à la faiblesse de la raison humaine et pour distinguer le bien du mal, selon la volonté divine.

Cette école accorde un rôle important à la raison, à l'instar des moutazilites, mais donne la priorité à la religion. Comme les ach'arites, elle reconnaît le rôle déterminant de la religion, mais elle les contredit en n'excluant pas la raison. La raison est capable de reconnaître les vertus des vices, mais c'est le jugement de Dieu qui permet de classer une action comme bonne ou mauvaise : la distinction entre le bien et le mal se base sur la Loi divine et non sur la raison. Cette école fait une synthèse entre les thèses des deux précédentes.

Ces différences dans l'évaluation du rôle de la raison n'ont de conséquence qu'en ce qui concerne les peuples n'ayant pas reçu de Révélation. En effet, les *'oulamâ'* considèrent unanimement que pour les autres, c'est le message des prophètes et non la raison humaine qui constitue le critère permettant de distinguer le bien du mal : la bonne action est celle que Dieu ordonne et récompense, et la mauvaise est celle qu'Il interdit et punit.

CHAPITRE 2

AL-HOUKM : LA PRESCRIPTION DIVINE

1. Définition
2. Catégories
3. Les subdivisions de chaque catégorie

DÉFINITION

Les *'oulamâ'* définissent la prescription divine (*al-houkm ach-char'î*) comme un discours émanant du Législateur, adressé à la personne majeure et responsable de ses actes (*al-moukallaf*). Il peut revêtir la forme d'une injonction (*talab*), d'un choix (*takhyîr*), ou d'une loi déclaratoire (*waḍ'*).

L'injonction est soit un ordre, soit une interdiction. La première exhorte la personne majeure et responsable à faire quelque chose, alors que la seconde prohibe quelque chose. Le choix est une forme de prescription divine qui laisse l'individu libre de faire ou de ne pas faire quelque chose. La loi déclaratoire n'est ni une injonction, ni un choix, mais un énoncé objectif de la loi, qui présente une chose comme la cause ou la condition pour obtenir autre chose, ou comme un obstacle qui empêche l'obtention ou la réalisation d'un résultat.

À titre d'exemples :

— une injonction exhortant le croyant à remplir ses engagements :

﴿أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ﴾

« *Respectez vos engagements.* »

(Coran, S.5./V.1)

— une injonction divine interdisant la moquerie :

﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا يَسۡخَرۡ قَوۡمٞ مِّن قَوۡمٍ ﴾

« *Ne vous moquez pas les uns des autres.* »

(Coran, S.49/V.11)

— un choix offert aux époux :

﴿ فَإِنۡ خِفۡتُمۡ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡهِمَا فِيمَا ٱفۡتَدَتۡ بِهِۦ ﴾

« *...S'il est à craindre que tous deux n'enfreignent ces prescriptions, il n'y aura nul grief à leur faire si la femme obtient sa liberté moyennant un dédommagement matériel au profit de l'époux.* »

(Coran, S.2/V.229)

C'est un choix offert aux époux qui ne s'entendent plus, de pouvoir se séparer moyennant une indemnité versée par l'épouse, pour ne pas tomber dans le péché.

— « Le meurtrier n'hérite pas de sa victime » : c'est la parole du Prophète (ﷺ) décrétant une loi adéquate à une situation juridique donnée, à savoir que l'homicide annule le droit d'héritage.

Une prescription est donc un texte à valeur juridique. Cela correspond à la définition contemporaine du jugement, qui est « une sentence prononcée par le juge ». Cette sentence a une teneur ou un texte, c'est pourquoi on parle de la teneur de la sentence ou du jugement.

Notons bien que cette définition est celle des théoriciens du droit (*ou*ṣ*oûlî*) et non celle des juristes (*fouqahâ'*). En effet, ces derniers désignent par le terme « *al-*ḥ*oukm ach-char'î* » non pas sa teneur mais son effet, à savoir l'obligation, la permission ou l'interdiction.

Illustrons ces propos :

﴿أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِ﴾

« *Respectez vos engagements.* »
(Coran, S.5/V.1)

Ce verset est une prescription (*houkm ach-char'î*) pour les *ousoûlî* parce qu'il a une teneur juridique, c'est un ordre. Pour les *fouqahâ'*, c'est un *houkm ach-char'î* parce qu'il énonce un devoir religieux.

﴿وَلَا تَقۡرَبُواْ ٱلزِّنَىٰٓ﴾

« *Et ne vous approchez pas de la fornication.* »
(Coran, S.17/V.32)

C'est un ordre pour les *ousoûlî* et la désignation d'un acte illicite pour les *fouqahâ'*.

Le terme « *al-houkm ach-char'î* » (prescription divine) utilisé par les *ousoûlî* ne désigne pas exclusivement les lois émises par Dieu — le Législateur — concernant les actes et paroles de la personne majeure et responsable. En effet, ce terme englobe toutes les lois constituant le Droit musulman, qu'elles proviennent de la sunna, de l'*ijmâ'*, du *qiyâs* ou d'autres sources. Ces lois ne sont que le discours du Législateur transmis ou expliqué par la voie indirecte des hommes qui suivent son Livre. En bref, toute loi provenant d'une source du Droit musulman, en tant qu'elle se base sur une indication d'origine divine, est une prescription divine qui peut revêtir la forme d'une injonction, d'un choix ou d'une loi déclaratoire.

Catégories

Les prescriptions divines se divisent en deux catégories principales : *al-houkm at-taklîfî* (loi-injonction) et *al-houkm al-wad'î* (loi

déclaratoire). La première comprend les ordres, les interdictions et les choix. La seconde regroupe les lois énoncées sous forme déclaratoire. *Al-houkm at-taklîfî* délimite la marge de liberté d'action de l'homme, alors que *al-houkm al-wad'î* décrète la relation juridique entre une cause et son effet, une condition et son objet, et considère tel fait comme un obstacle à la réalisation de tel autre.

Al-houkm at-taklîfî regroupe donc les injonctions (ordres et interdictions) et les choix entre deux alternatives. Par exemple :

— les injonctions suivantes prescrivent des actions que la personne responsable doit accomplir :

﴿ خُذْ مِنْ أَمْوَٰلِهِمْ صَدَقَةً ﴾

« *Prélève sur leurs biens une aumône.* »
(Coran, S.9/V.103)

﴿ وَلِلَّهِ عَلَى ٱلنَّاسِ حِجُّ ٱلْبَيْتِ ﴾

« *Dieu a prescrit aux hommes, comme devoir envers Lui, de se rendre en pèlerinage à Sa Demeure.* »
(Coran, S.3/V.97)

﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓا۟ أَوْفُوا۟ بِٱلْعُقُودِ ﴾

« *Ô vous qui croyez, respectez vos engagements.* »
(Coran, S.5/V.1), etc.

— les injonctions suivantes prescrivent de s'abstenir de certaines actions :

﴿ لَا يَسْخَرْ قَوْمٌ مِّن قَوْمٍ ﴾

« *Ne vous moquez pas les uns des autres.* »
(Coran, S.49/V.11)

﴿ وَلَا تَقْرَبُوا الزِّنَىٰ ﴾

« *Ne vous approchez pas de la fornication.* »
(Coran, S.17/V.32)

﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ وَالدَّمُ وَلَحْمُ الْخِنزِيرِ ﴾

« *Il vous est interdit de consommer la bête morte, le sang, la viande de porc...* »
(Coran, S.5/V.3), etc.

— les injonctions suivantes laissent un choix à la personne responsable :

﴿ فَاصْطَادُوا ﴾

« *...Alors il vous sera licite de chasser.* »
(Coran, S.5/V.2)

﴿ فَإِذَا قُضِيَتِ الصَّلَاةُ فَانتَشِرُوا فِي الْأَرْضِ ﴾

« *Une fois la prière achevée, vous pourrez aller où vous voudrez.* »
(Coran, S.62/V.10)

﴿ وَإِذَا ضَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَن تَقْصُرُوا مِنَ الصَّلَاةِ ﴾

« *Lorsque vous êtes en campagne, il vous est permis d'écourter la prière.* »
(Coran, S.4/V.101), etc.

En résumé, quand la prescription divine est énoncée sous forme impérative, affirmative ou négative, en ordonnant à la personne responsable de faire ceci ou en lui interdisant de faire cela, ou bien

quand elle offre un choix au croyant entre deux alternatives, on parle de loi-injonction (*al-ḥoukm at-taklîfî*). Autrement dit, cette catégorie comprend les commandements de Dieu ainsi que Ses recommandations.

Quant à la catégorie des lois déclaratoires (*al-ḥoukm al-waḍ'î*), elle regroupe toutes les prescriptions divines, formulées en phrases déclaratives, décrivant une relation de cause à effet, contenant une condition ou un empêchement. À titre d'exemple, citons les versets et les *ḥadîth* suivants :

— exemples de relation de cause à effet : le verset qui pose, comme condition préalable à la prière, l'accomplissement des ablutions,

﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا قُمْتُمْ إِلَى ٱلصَّلَوٰةِ فَٱغْسِلُواْ وُجُوهَكُمْ وَأَيْدِيَكُمْ إِلَى ٱلْمَرَافِقِ﴾

« *Ô vous qui croyez, pour vous mettre en état de prier, lavez-vous le visage et les mains jusqu'aux coudes...* »
(Coran, S.5/V.6)

Celui qui stipule que le vol est puni par l'amputation de la main,

﴿وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓاْ أَيْدِيَهُمَا﴾

« *Le voleur et la voleuse, coupez-leur la main.* »
(Coran, S.5/V.38)

Le *ḥadîth* qui autorise les soldats à prendre les armes de leurs ennemis, s'ils les tuent sur le champ de bataille, « Quand on tue un ennemi, on prend possession de ses biens ».

— exemples comportant une condition : le verset qui pose la capacité matérielle comme la condition principale à l'accomplissement du pèlerinage,

﴿ وَلِلَّهِ عَلَى ٱلنَّاسِ حِجُّ ٱلْبَيْتِ مَنِ ٱسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا ﴾

« Dieu a prescrit aux hommes, comme devoir envers Lui, de se rendre en pèlerinage à Sa Demeure, pour quiconque en a les moyens. »

(Coran, S.3/V.97)

Puis, le *ḥadîth* qui exige la présence de deux témoins lors de la conclusion du contrat de mariage, faute de quoi celui-ci est nul, « Pas de contrat de mariage valide, sans la présence de deux témoins » ; le *ḥadîth* qui détermine le montant minimal de la dot offerte à la mariée : « Aucune dot ne doit être inférieure à dix dirhams ».

— exemple comportant un obstacle : le *ḥadîth* qui considère que l'homicide volontaire empêche son auteur d'hériter de sa victime, « Le meurtrier n'hérite pas ».

Cette catégorie regroupe donc les lois expliquées de manière rationnelle ; le Législateur associe l'accomplissement ou le non-accomplissement de telle ou telle action à une cause, à une condition ou à un obstacle.

La différence entre les deux catégories, lois-injonctions (*al-ḥoukm at-taklîfî*) et lois déclaratoires (*al-ḥoukm al-waḍ'î*), est donc comme suit :

La loi-injonction (*al-ḥoukm at-taklîfî*) a pour finalité d'ordonner à l'homme d'accomplir certains actes, de s'abstenir de certains autres, ou encore de lui laisser le choix d'accomplir ou de ne pas accomplir certains autres. Quant à la loi déclaratoire (*al-ḥoukm al-waḍ'î*), elle a pour but d'expliquer à la personne responsable que tel acte est la cause ou la condition de tel autre, ou constitue un obstacle à son accomplissement. Ainsi, une loi déclaratoire est une explication relative à une loi-injonction, dans le sens où la première explique les éléments composant la deuxième.

En outre, les lois-injonctions ne peuvent porter que sur des actes relevant de la volonté de la personne responsable, c'est-à-dire que celle-ci peut choisir d'accomplir ou de ne pas accomplir. Par contre, dans le cas des lois déclaratoires, la cause, la condition ou l'obstacle peut être un acte dépendant de la volonté de la personne responsable,

comme cela peut être une circonstance indépendante de sa volonté.

Illustrons nos propos : Les causes dépendant de la volonté de la personne responsable sont, par exemple, les transactions, les contrats, les délits, les crimes et les transgressions des règlements, actes qui engagent sa responsabilité et l'exposent éventuellement à des sanctions. Les causes indépendantes de la volonté de la personne responsable sont, par exemple, les liens familiaux qui engendrent le droit à l'héritage, le rôle de tuteur ou l'héritage qui ont pour conséquence un transfert de propriété, ou la nécessité qui a pour conséquence de rendre licites des choses illicites.

Inviter deux témoins lors de la conclusion du contrat de mariage, fixer la somme minimale de la dot à dix dirhams, et fixer le prix et la date de livraison d'une marchandise dans un contrat de vente, tous ces actes sont des conditions pouvant être volontairement remplies par la personne responsable pour valider ses différents contrats. Mais, atteindre la puberté ou la majorité nécessaire pour être une personne émancipée — condition à remplir pour pouvoir établir des contrats — ne dépend pas de la volonté de la personne responsable.

Il en est de même pour l'obstacle : ce peut être un acte accompli par la personne responsable, comme tuer son père ou son frère, ce qui l'empêche de bénéficier de son droit à l'héritage ; ce peut être également un acte indépendant de la volonté de la personne responsable : par exemple, le fait qu'il soit un héritier légitime du défunt, et qu'une partie des biens de ce dernier lui revienne donc obligatoirement, l'empêche de bénéficier de son testament.

Voyons maintenant quelques exemples tirés du droit positif. Le droit positif se compose également de lois prenant la forme d'injonctions et d'autres prenant la forme de phrases déclaratives. Prenons par exemple le droit civil égyptien, à la section des contrats de location qui contient deux sortes de lois, les lois-injonctions comme dans :

Article 582 — Le locataire doit s'acquitter du montant du loyer à l'échéance fixée par le contrat (ordre).

Article 571 — Le propriétaire doit s'abstenir de tout acte privant le locataire de son droit de disposer du bien loué conformément au contrat de location (interdiction).

Article 593 — Le locataire peut céder à une tierce personne la location ou la sous-location d'une partie du bien loué ou de sa totalité, et ce, tant que le contrat ne stipule pas le contraire (choix).

La majorité des autres lois sont déclaratoires. Elles mentionnent une cause qui engendre un effet, ou comportent une condition ou définissent un obstacle empêchant une action.

LES SUBDIVISIONS DES LOIS-INJONCTIONS (*AL-HOUKM AT-TAKLÎFÎ*)

Les lois-injonctions se divisent en cinq sous-catégories, à savoir :

— l'obligation (*al-wâjib*) : ce sont les injonctions qui définissent les devoirs du croyant,

— la recommandation (*al-mandoûb*) concerne les exhortations faites aux croyants mais qui ne revêtent pas un caractère coercitif,

— l'interdiction (*al-mouharram*) : ce sont les injonctions qui déterminent les actes et comportements illicites,

— la réprobation (*al-makroûh*), c'est-à-dire les recommandations de s'éloigner de certains actes et comportements, qui ne sont pas illicites à proprement parler, mais qu'il est indigne au croyant d'accomplir et qui peuvent entacher sa foi,

— le licite (*al-moubâh*), c'est-à-dire tous les domaines où le croyant est libre d'accomplir des actions ou de s'en abstenir, parce que ce ne sont ni des actes illicites, ni des devoirs.

Ainsi, ce qui est requis comprend le devoir (*al-wâjib*) et le recommandé (*al-mandoûb*), ce dont il faut s'éloigner se compose de l'interdit (*al-mouharram*) et du réprouvé (*al-makroûh*). Et entre ces deux pôles se trouve la cinquième subdivision, c'est-à-dire le licite (*al-moubâh*). Nous allons maintenant étudier chacune de ces cinq subdivisions.

L'obligation (*al-wâjib*)

C'est ce que le Législateur ordonne de faire de manière ferme et sans équivoque. Cela est souvent formulé par une phrase impérative affirmative. Parfois, l'énoncé de l'obligation comprend aussi la

mention de la punition encourue en cas de manquement au devoir.

Pour donner quelques exemples, le jeûne est un devoir parce qu'il est requis sous la forme d'un ordre :

﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ كُتِبَ عَلَيۡكُمُ ٱلصِّيَامُ﴾

« *Il vous est prescrit de jeûner.* »
(Coran, S.2/V.183)

Offrir une dot à la mariée est un devoir pour le mari parce qu'il a été ordonné comme suit :

﴿فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةٗ﴾

« *La dot convenue sera obligatoirement remise à l'épouse avec laquelle aura été consommé le mariage.* »
(Coran, S.4/V.24)

Il en est de même de tous les devoirs cultuels (prière, *zakât*, pèlerinage) et des devoirs familiaux (bienveillance envers les parents, respect des liens du sang). Tous ces devoirs ont été imposés à la personne responsable sous la forme d'ordres, et celui qui les délaisse est passible de sanctions. Quand le Législateur ordonne catégoriquement de faire quelque chose, son ordre engendre une obligation (*wâjib*) que la personne responsable (*moukallaf*) doit remplir : la nature catégorique de l'ordre peut apparaître dans sa formulation même, ou dans un élément extérieur comme la mention de sanctions en cas de non-accomplissement de l'action.

On classifie les obligations selon quatre critères : la temporalité, le domaine d'application (individuel ou collectif), la détermination, la spécification.

En ce qui concerne la première classification, une obligation peut être ou non liée à un facteur temporel :

1. Le devoir temporel doit s'accomplir en un temps bien précis, comme les cinq prières, le jeûne du mois de Ramadan, etc. Il ne peut être fait ni avant ni après la période fixée, sauf exception.

2. L'accomplissement du devoir atemporel n'est pas limité dans le temps, comme l'offrande expiatoire ou le pèlerinage (on ne doit pas le faire à un âge précis mais seulement quand on en a les moyens).

Quand on exécute un devoir temporel en son temps et de la manière exacte dont il doit être fait, on accomplit un devoir. Quand on le fait en son temps mais de manière incomplète, et qu'on le refait ensuite, on « réaccomplit » ce même devoir. Quand on le fait après le temps permis, on s'en acquitte, comme s'il s'agissait d'une dette.

Pour illustrer ces propos, si on fait la prière de *dhouhr* à son heure, on l'accomplit. Si on l'accomplit en ayant fait l'ablution sèche (*tayammoum*) en guise d'ablutions, puis qu'on la refait, toujours dans le laps de temps prescrit, en ayant au préalable fait ses ablutions avec de l'eau, on la « réaccomplit ». Par contre, si on la fait après l'heure, on s'en acquitte.

L'intervalle de temps accordé à l'accomplissement du devoir temporel peut être inclusif ou exclusif. Il est inclusif quand il permet, simultanément, l'accomplissement dudit devoir et d'autres devoirs ou actes pieux supplémentaires. Par contre, il est exclusif lorsqu'il ne permet que l'accomplissement d'un seul devoir.

À titre d'exemple, le laps de temps accordé à la prière de *dhouhr* est inclusif parce qu'il permet de faire cette prière et beaucoup d'autres. Le mois de Ramadan doit être consacré au jeûne obligatoire et ne peut permettre de faire de jeûne volontaire et supplémentaire, il est donc exclusif.

Il y a des exceptions à cela, les mois consacrés au pèlerinage par exemple. Ils sont inclusifs dans la mesure où la période de pèlerinage ne les occupe pas en leur totalité, mais où le pèlerinage a lieu durant des jours précis pendant ces mois. Mais ils sont exclusifs aussi parce qu'en dehors de ces périodes, on ne peut accomplir le pèlerinage.

Attirons, ici, l'attention sur un point précis : l'intention. En effet, dans le cas d'un laps de temps inclusif, le croyant ne doit pas oublier de formuler son intention avant d'accomplir son devoir. Par exemple, il formule (tout haut ou en son for intérieur) l'intention d'accomplir les quatre *raka'ât* de la prière de *dhouhr*. Sinon, ces quatre *raka'ât* ne correspondront qu'à une prière volontaire et supplémentaire.

Par contre, la formulation de l'intention n'est pas nécessaire pour accomplir les devoirs auxquels un laps de temps exclusif est accordé. Au début du mois de Ramadan, il suffit d'exprimer l'intention de

jeûner. Il n'est pas nécessaire de préciser qu'il s'agit du jeûne obligatoire, parce que le mois ne permet pas de faire un jeûne volontaire et supplémentaire : un jeûne accompli durant le mois de Ramadan ne peut donc être que le jeûne obligatoire.

Si le laps de temps est à la fois inclusif et exclusif, la personne responsable (*moukallaf*) est censée accomplir en premier lieu ce qui est un devoir : il n'est alors pas nécessaire d'exprimer son intention, car ce qui est obligatoire devance ce qui ne l'est pas. Toutefois elle doit, le cas échéant, formuler l'intention d'accomplir un acte de dévotion supplémentaire.

La répartition des devoirs en devoirs temporels et atemporels a pour conséquence ce qui suit : l'ajournement du devoir temporel sans raison valable est un péché. En effet, le devoir temporel comprend à la fois l'accomplissement de l'acte et le respect du moment prescrit pour son accomplissement. Le devoir atemporel peut, par contre, être accompli par la personne à sa guise, sans qu'elle commette de péché si elle le reporte à un moment ou à un autre.

La deuxième classification porte sur le domaine d'application : un devoir peut être individuel ou collectif :

1. Le devoir individuel (*al-wâjib al-'aynî*) est ordonné à tous les individus qui forment la communauté des croyants. Chacun doit accomplir lui-même la prière, la *zakât*, le pèlerinage et le jeûne ; chacun doit honorer les contrats qui l'engagent envers autrui ; et chacun doit s'abstenir de boire du vin, de participer à des jeux de hasard, etc.

2. Le devoir collectif (*al-wâjib al-kifâ'î*) est ordonné à la communauté des croyants ou à la collectivité. Il suffit que quelques-uns l'accomplissent pour que les autres en soient exemptés. Par contre, si personne ne s'en acquitte, tout le monde est coupable. Les devoirs collectifs sont, par exemple, ordonner le bien et interdire le mal, faire la prière sur les morts, construire des hôpitaux, porter secours à une personne en danger, éteindre un incendie, exercer la médecine, établir toutes sortes d'industries utiles à la collectivité, assumer la tâche de juge, de mufti, et enfin témoigner et répondre aux salutations d'un autre Musulman. La responsabilité de ces devoirs collectifs incombe à tous les Musulmans dans leur ensemble, et non à des individus bien précis parmi eux.

La société musulmane tout entière doit se sentir concernée par le devoir collectif. Ceux qui peuvent s'en acquitter, ont pour obligation de le faire. Quant à ceux qui sont incapables d'assumer un devoir collectif, ils doivent inciter les autres à l'accomplir. Dès qu'un individu ou un groupe d'individus assument un devoir collectif, la société entière en est exemptée et est même récompensée. Si personne n'a accompli ce devoir, toute la société se trouve fautive. Ce genre de devoir fait donc appel à la notion de solidarité dans la société. Prenons l'exemple suivant :

Un groupe d'individus assiste à la noyade de quelqu'un. Ceux, parmi ce groupe, qui savent nager doivent lui porter secours, et ceux qui en sont incapables doivent les inciter, voire les obliger à aller le sauver. Si un ou plusieurs individus sauvent le sinistré, on considère que tout le groupe a rempli sa responsabilité. Si personne ne lui porte secours, tous sont coupables de manquement au devoir de sauver une vie humaine.

Dans le cas où il n'y a dans la société qu'une seule personne compétente pour rendre tel ou tel service d'utilité publique, cette personne doit accomplir sa tâche comme s'il s'agissait d'un devoir personnel. Ainsi, si dans l'assistance il n'y a qu'une seule personne sachant nager, elle doit impérativement sauver le sinistré. Il en est de même du médecin, du témoin, etc. Chaque fois qu'une personne est seule capable d'accomplir un acte, cela devient pour elle une obligation personnelle, au même titre qu'un devoir individuel.

La troisième classification concerne la détermination ou la non détermination de la quantité :

1. Le devoir déterminé : c'est le devoir dont la quantité ou le nombre d'unités est déterminé par le Législateur. Si cette caractérisation n'est pas prise en compte par la personne majeure et responsable, le devoir n'est pas considéré comme accompli. C'est le cas des cinq prières obligatoires (tous leurs éléments essentiels doivent être suivis et le nombre de *raka'ât* accomplies doit correspondre au nombre fixé par la sunna), de la *zakât* (le montant déterminé par la Loi doit être payé en entier) et des dettes financières (les créances doivent être remboursées dans leur valeur réelle).

2. Le devoir non déterminé : c'est le devoir qui n'est déterminé ni en quantité ni en nombre d'unités. Par exemple, le Législateur ordonne aux personnes responsables de faire l'aumône, de

s'entraider pour réaliser le bien, d'aider les nécessiteux, de nourrir les affamés, de porter assistance aux personnes en danger, etc. Ni la manière d'accomplir ces devoirs sociaux, ni le montant de la contribution de chacun n'est déterminé. Chacun doit s'en acquitter selon ses moyens et selon les besoins de ceux qu'il aide.

Partant de cette classification des devoirs — en déterminé et non déterminé —, on en déduit que le premier représente un engagement ferme et que celui qui le néglige est passible d'une punition, alors que ce n'est pas le cas du deuxième.

Par exemple, prenons le cas suivant : le devoir du mari de pourvoir aux besoins matériels de sa femme. Si l'on considère ce devoir comme non déterminé en quantité, elle ne peut exiger de lui une somme bien définie pour son propre usage, sauf si elle porte le cas devant un juge. Ce dernier déterminera alors une somme correspondant aux dépenses nécessaires pour la femme. Une fois que le juge a fixé un montant ou que les deux époux l'ont fixé d'un commun accord, le mari doit s'en acquitter. Il en est de même du devoir de subvenir aux besoins matériels des parents.

Ceux qui pensent que le devoir de pourvoir aux besoins de l'épouse est un devoir déterminé en fonction des moyens du mari, ou que celui de pourvoir aux besoins des parents est déterminé en fonction de ces besoins, stipulent que les intéressés sont en droit d'exiger la somme nécessaire, sans attendre la décision de justice ou le consentement mutuel.

Enfin, on classifie encore les obligations selon que la manière de les accomplir est ou non spécifiée :

Les devoirs spécifiés sont les devoirs décrits et nommés dans les Textes comme la prière, le jeûne, la fixation du prix du bien vendu dans un contrat de vente, la restitution des biens extorqués, etc.

On parle de devoir non spécifié lorsque le Législateur offre un choix entre plusieurs alternatives, comme pour le devoir de faire l'offrande expiatoire pour un serment non tenu : ce peut être soit de nourrir dix pauvres, soit de les habiller, soit d'affranchir un esclave. La personne responsable aura accompli son devoir d'expiation si elle accomplit l'une de ces trois actions.

L'acte recommandé (*al-mandoûb*)

C'est l'acte que le Législateur recommande ou ordonne sans que ce soit d'une manière catégorique. On estime que tel acte est recommandé et non obligatoire à partir de la manière dont l'ordre a été énoncé, comme dans la formule « il est recommandé ou préférable de faire ceci ou cela... », ou à partir du contexte, par exemple dans ce verset :

﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَٱكْتُبُوهُ﴾

« Ô vous qui croyez ! quand vous contractez une dette à échéance déterminée, écrivez-la. »

(Coran, S.2/V.282)

L'ordre de consigner par écrit les dettes contractées entre Musulmans est un acte recommandé et non obligatoire. Cela se comprend à partir de la suite qui dit :

﴿فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ ٱلَّذِى ٱؤْتُمِنَ أَمَٰنَتَهُۥ﴾

« Si débiteur et créancier sont en mutuelle confiance, le premier devra s'acquitter ponctuellement de sa dette. »

(Coran, S.2/V.283)

En effet, si la confiance est établie entre le créancier et le débiteur, il n'y a pas besoin de consigner la dette. Il est de même de l'acte d'affranchissement d'un esclave après la mort de son maître[1], Dieu donne le choix à ce dernier de le faire s'il le veut :

1. Bien qu'il n'existe pas dans le Coran de texte explicite mettant fin à l'esclavage, la législation musulmane a élaboré plusieurs procédés permettant une abolition progressive de ce système. Ainsi, plusieurs fautes ou péchés sont expiables par l'affranchissement d'un ou plusieurs esclaves. Rendre la liberté à un esclave est aussi considéré comme un acte pieux.

﴿فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا﴾

« Établissez avec eux un contrat, si vous les jugez capables de se racheter. »

(Coran, S.24/V.33)

Ainsi, si les expressions suivantes : « vous a été prescrit », « votre devoir est », « Dieu vous ordonne », précèdent l'injonction, on sait qu'il s'agit d'une obligation. Si la formulation comprend des expressions telles que « vous a été recommandé », « voilà une bonne tradition à suivre », etc. ou si le contexte l'indique, on comprend qu'il s'agit d'une recommandation. Si le texte lui-même ne permet pas de l'établir, c'est en se référant aux principes généraux de la charia, ou à la présence ou non de sanctions liées au non-accomplissement de l'acte, que l'on détermine s'il s'agit d'une obligation ou d'une recommandation : la personne qui néglige un acte obligatoire encourt une sanction, tandis que celle qui néglige un acte recommandé ne subit que des reproches plus ou moins sévères.

On distingue trois catégories d'actes recommandés :

— L'acte fortement recommandé. Le négliger n'entraîne pas de punition mais rend passible de reproches très sévères. Cela comprend entre autres, l'appel à la prière, la prière collective à la mosquée pour les hommes. Ce sont aussi les gestes habituels du Prophète (ﷺ), dont il ne s'est abstenu qu'une fois ou deux afin d'indiquer qu'ils n'étaient pas obligatoires (se gargariser en faisant les ablutions, lire une sourate ou un verset après *al-Fâtiḥa* au cours de la prière,...). On appelle les actions de cette catégorie *sounna mou'akkada*, c'est-à-dire fortement recommandée.

— L'acte recommandé simple. L'accomplir apporte une récompense, mais le négliger ne donne pas lieu à des reproches. Cette catégorie regroupe toutes les habitudes non systématiques du Prophète (ﷺ) et tous les actes de piété volontaires comme donner l'aumône, jeûner le lundi et le jeudi et accomplir des prières supplémentaires. Bref, tout ce qui est qualifié de *nâfila*, c'est-à-dire acte surérogatoire.

— L'acte recommandé complémentaire. Cela comprend tous les actes accomplis par les croyants pour imiter le Prophète (ﷺ) dans

sa vie quotidienne (dans ses habitudes vestimentaires et alimentaires, dans sa démarche, etc.). Une personne peut imiter le Prophète (ﷺ) par amour pour lui. Un tel comportement est louable, mais pas nécessaire. Cela fait partie de la bonne conduite et des bonnes manières qui améliorent le comportement du croyant et l'embellissent. Il n'y a toutefois aucun mal à ne pas imiter le Prophète (ﷺ) dans des actions qui n'avaient pas de portée législative.

L'illicite (*al-mouharram*)

Définition : L'illicite, c'est tout acte que le Législateur a catégoriquement interdit. L'interdiction catégorique peut être claire et simple comme dans les versets suivants :

﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ وَالدَّمُ وَلَحْمُ الْخِنزِيرِ ﴾

« *Il vous est interdit de consommer la bête morte, le sang, la viande de porc.* »

(Coran, S.5/V.3)

﴿ قُلْ تَعَالَوْا أَتْلُ مَا حَرَّمَ رَبُّكُمْ عَلَيْكُمْ ﴾

« *Dis : venez que je vous récite ce que votre Seigneur vous a interdit .*»

(Coran, S.6/V.151)

﴿ لَا يَحِلُّ لَكُمْ ﴾

« *Il ne vous est pas licite...* »

(Coran, S.4/V.19)

Ce peut être une invitation à éviter tel ou tel acte, accompagnée d'une indication que cette demande a valeur d'interdiction, comme dans les versets :

﴿وَلَا تَقْرَبُوا الزِّنَىٰ إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً﴾

« *Et ne vous approchez pas de la fornication. C'est une turpitude vraiment.* »

(Coran, S.17/V.32)

﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلَامُ رِجْسٌ مِنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ﴾

« *Le vin, le jeu de hasard, les pierres dressées, les flèches divinatoires ne sont autre chose qu'une souillure diabolique. Donc évitez-les.* »

(Coran, S.5/V.90)

L'interdiction peut encore être exprimée au moyen de la mention d'une punition, par exemple :

﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً﴾

« *Et ceux qui lancent des accusations infamantes contre les femmes honnêtes, sans pouvoir produire quatre témoins, sont passibles de quatre-vingts coups de fouet .*»

(Coran, S.24/V.4)

En conclusion, le caractère illicite d'un acte peut se comprendre soit à partir d'une formule négative claire et simple, soit par une phrase impérative négative, soit par une demande de s'éloigner de quelque chose ou de l'acte interdit, accompagnée d'un indice montrant que cette demande a valeur d'interdiction.

Les actes interdits se divisent en deux catégories :

— Les actes interdits en eux-mêmes. Cela comprend tous les actes déclarés illicites par les Textes, comme, avoir des relations

sexuelles extraconjugales, contracter un mariage incestueux en connaissance de cause, voler, vendre ou manger les charognes, faire la prière sans ablutions préalables. Bref, toutes les actions interdites parce qu'elles engendrent des dangers ou des préjudices pour la personne ou la société. Le caractère illicite est inhérent à l'acte.

— Les actes interdits pour une cause incidente. Cela concerne tous les actes à l'origine licites, recommandés ou permis, mais qui deviennent exceptionnellement illicites pour une cause connue et incidente. À titre d'exemple : prier dans un habit extorqué à quelqu'un d'autre, conclure une vente frauduleuse, jeûner sans interruption, répudier sa femme de manière hétérodoxe, etc. Le caractère illicite n'est donc pas inhérent à l'acte, mais lui est extérieur. L'acte en lui-même n'engendre pas normalement de préjudice, mais c'est un facteur extérieur, associé à cet acte, qui le rend nuisible et illicite.

Juridiquement, les actes interdits par principe, s'ils sont accomplis, ne sont pas valides, par exemple : la prière sans ablutions est nulle, un mariage incestueux ou la vente d'une charogne sont des contrats invalides. En effet, l'interdiction résulte d'un caractère inhérent à l'acte.

Quant aux actes interdits exceptionnellement, ils donnent lieu à des devoirs imparfaits et à des contrats viciés, mais qui ne sont toutefois pas nuls. Ainsi, la prière de celui qui est vêtu d'un habit volé est valide, mais imparfaite ; la vente frauduleuse est effective, quoique viciée ; un divorce hétérodoxe[1] est injuste, mais valide. L'interdiction étant liée à une cause extérieure à l'acte, celui-ci demeure valide tant que les conditions normales de sa validité demeurent remplies.

L'acte réprouvé (*al-makroûh*)

Tout acte que le Législateur ordonne d'éviter ou d'abandonner, sans pour autant le déclarer illicite, est un acte réprouvé. Ce fait se

1. Les traductrives ont choisi ce terme comme correspondant au terme arabe "*bid'â*" afin d'éviter l'utilisation du terme innovation qui peut être aussi bien bonne ou mauvaise, alors qu'il s'agit ici essentiellement d'éléments novateurs négatifs.

comprend par le contexte même de la phrase qui énonce le jugement ou par l'utilisation d'expressions telles que : « Dieu n'aime pas que... ». Parfois, cela est explicité dans une phrase suivant celle où le jugement est émis. C'est le cas, par exemple, du verset qui recommande aux croyants de ne pas trop se poser de questions :

﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَسْـَٔلُواْ
عَنْ أَشْيَآءَ إِن تُبْدَ لَكُمْ تَسُؤْكُمْ ﴾

« Évitez les questions à propos de choses qu'il serait fâcheux pour vous de trop approfondir. »

(Coran, S.5/V.101)

Ou de cet autre qui les exhorte à arrêter tout commerce à l'heure de l'appel à la prière du vendredi et jusqu'à la fin de celle-ci :

﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا نُودِىَ لِلصَّلَوٰةِ مِن يَوْمِ ٱلْجُمُعَةِ
فَٱسْعَوْاْ إِلَىٰ ذِكْرِ ٱللَّهِ وَذَرُواْ ٱلْبَيْعَ ﴾

« Ô vous qui croyez ! Lorsque se fait entendre, le vendredi, l'appel à la prière, empressez-vous de vous y rendre pour invoquer Dieu et laissez tout négoce. »

(Coran, S.62/V.9)

Rappelons que lorsque le Législateur utilise des expressions telles que « vous a été interdit », Dieu décrète l'acte ou le comportement mentionnés absolument interdits. Mais, quand Il utilise la tournure : « Il est abhorré que vous accomplissiez tel acte », cela indique la réprobation. En l'absence de formulation explicite, on utilise d'autres indices, comme la présence ou non de sanctions liées à l'accomplissement de l'acte, pour déterminer si l'interdiction est catégorique ou s'il s'agit seulement de réprobation. Pour clarifier la différence entre l'illicite et le réprouvé, certains *'oulamâ'* définissent l'acte illicite comme celui qui entraîne une sanction, tandis que celui qui commet un acte réprouvé n'encourt pas de sanction, mais peut être blâmé.

L'acte licite (*al-moubâḥ*)

Il s'agit de tout acte que le Législateur laisse la personne responsable libre d'accomplir ou de ne pas accomplir ; le Législateur ne demande ni d'accomplir l'acte en question, ni de s'en abstenir.

Parfois, la liberté d'accomplir tel acte est énoncée explicitement. Le Législateur peut ainsi déclarer qu'il n'y a pas de mal à faire quelque chose, comme dans les exemples suivants :

﴿ إِلَّآ أَن يَخَافَآ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ ۖ فَإِنْ خِفْتُمْ
أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ ﴾

« *...S'il est à craindre que tous deux n'enfreignent ces prescriptions, il n'y aura nul grief à leur faire si la femme obtient sa liberté moyennant un dédommagement matériel au profit de l'époux.* »

(Coran, S.2/V.229)

﴿ وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُم بِهِۦ مِنْ خِطْبَةِ ٱلنِّسَآءِ ﴾

« *Vous n'encourez aucun reproche en faisant aux veuves en période de viduité allusion à une proposition de mariage.* »

(Coran, S.2/V.235)

Un ordre peut également exprimer la liberté d'accomplir une action, comme :

﴿ فَٱصْطَادُوا۟ ﴾

« *...Alors il vous sera licite de chasser.* »

(Coran, S.5/V.2)

﴿ فَإِذَا قُضِيَتِ ٱلصَّلَوٰةُ فَٱنتَشِرُوا۟ فِى ٱلْأَرْضِ ﴾

« *Une fois la prière achevée, vous pourrez aller où vous voudrez.* »

(Coran, S.62/V.10)

﴿وَكُلُوا۟ وَٱشْرَبُوا۟﴾

« *Mangez et buvez.* »

(Coran, dont S.2/V.187)

Parfois, la permission n'est pas mentionnée textuellement, c'est-à-dire qu'elle se comprend du fait qu'il n'y a pas de texte définissant le statut de tel ou tel acte. C'est alors une permission tacite, car en principe tout est permis, sauf ce qui est déclaré illicite ou réprouvé.

La majorité des *'oulamâ'* reconnaissent cinq catégories de lois-injonctions, celles que nous avons étudiées ci-dessus. Toutefois, les hanafites divisent les lois-injonctions en sept sous-catégories au lieu de cinq. Ils considèrent que ce que le Législateur a ordonné catégoriquement de faire est une obligation (*al-farḍ*) s'il y a une indication (*ad-dalîl*) indiscutable basée sur un verset coranique ou un *ḥadîth moutawâtir* (avéré), tandis que si l'indication est conjecturale, basée sur un *ḥadîth* autre que *moutawâtir* ou sur un raisonnement analogique (*al-qiyâs*), c'est un devoir (*al-wâjib*).

Ainsi, accomplir la prière est une obligation (*al-farḍ*), parce qu'il a été énoncé de manière claire et indiscutable dans le Coran :

﴿وَأَقِيمُوا۟ ٱلصَّلَوٰةَ﴾

« *Et accomplissez la prière.* »

(Coran, dont S.2/V.43)

Réciter la première sourate du Coran, *al-Fâtiḥa*, est un devoir (*al-wâjib*), parce qu'il a été énoncé par le Prophète (ﷺ) dans un texte conjectural : « Pas de prière sans la première sourate du Coran (*al-Fâtiḥa*) ».

Ils introduisent aussi une distinction entre *al-mouḥarram* (l'acte illicite) et *al-makroûh taḥrîman* (l'acte réprouvé-interdit). Ainsi, la fornication est illicite parce que le verset qui l'interdit est clair et indiscutable :

﴿وَلَا تَقْرَبُوا الزِّنَىٰ﴾

« *Et ne vous approchez pas de la fornication.* »
(Coran, S.17/V.32)

Quant à porter des habits en soie pour les hommes, c'est un comportement réprouvé-interdit, parce qu'il a été proscrit par une parole du Prophète (ﷺ) considérée comme une indication conjecturale : « Ces deux-là (la soie et l'or) sont interdits aux hommes de ma communauté et permis aux femmes ».

Donc, les hanafites subdivisent les lois-injonctions comme suit : l'obligation (*al-farḍ*), le devoir (*al-wâjib*) et l'acte recommandé (*al-mandoûb*) ; puis l'acte illicite (*al-mouḥarram*), l'acte réprouvé-interdit (*al-makroûh taḥrîman*) et l'acte réprouvé (*al-makroûh*). Cela fait six sous-catégories auxquelles il faut ajouter l'acte permis (*al-moubâḥ*) représentant la septième.

En résumé, toutes les prescriptions coraniques sont sans aucun doute d'origine divine, leur force probante est établie. Si elles déclarent un acte comme étant un devoir, un interdit ou un acte recommandé, il faut s'y conformer. La *sounna moutawâtira* (avérée) et la *sounna machhoûra* (notoire) ont la même force probante que le Coran. Quant à la sunna dite *âḥâd*, c'est-à-dire transmise par un nombre restreint de rapporteurs, on ne peut se baser sur elle pour définir un devoir ou une interdiction, mais elle permet de classer l'action dans une des autres subdivisions des lois-injonctions.

Pour conclure, rappelons qu'un même acte peut être jugé différemment selon les circonstances. Prenons le mariage : il est imposé (*farḍ*) au Musulman qui peut subvenir aux besoins d'une famille, payer la dot à son épouse, assumer ses devoirs conjugaux et qui est certain de forniquer s'il ne se marie pas. C'est un devoir (*wâjib*) s'il est apte à ce qui précède et s'il craint de tomber dans le péché de la fornication s'il ne se marie pas. Il est recommandé (*mandoûb*) à celui qui est capable d'assumer ses devoirs conjugaux, mais qui est plutôt à l'abri de la fornication s'il ne se marie pas. Il est interdit (*mouḥarram*) pour celui qui est déjà marié et qui est sûr que s'il contracte un deuxième mariage, il nuira à sa première femme et manquera à ses devoirs d'époux. Enfin, il est réprouvé-interdit (*al-makroûh taḥrîman*) pour celui qui craint de blesser sa première femme en prenant une seconde épouse.

LES SUBDIVISIONS DES LOIS DÉCLARATOIRES (*AL-ḤOUKM AL-WAḌ'Î*)

Les catégories de lois déclaratoires (*al-ḥoukm al-waḍ'î*) sont au nombre de cinq : la cause (*as-sabab*), la condition (*ach-charṭ*), l'empêchement (*al-mâni'*), la loi concessionnelle (*ar-roukhṣa*) opposée à la loi stricte (*al-'azîma*), le valide (*aṣ-ṣaḥîḥ*) opposé au non valide (*ghayr ṣaḥîḥ*).

La cause (*as-sabab*)

Elle est définie comme l'attribut évident et constant que le Législateur a identifié comme étant l'indication ou la cause immédiate d'un jugement (*ḥoukm*) de telle sorte que, si la cause est présente cela nécessite l'application d'un jugement, et si elle n'est pas présente le jugement ne s'applique pas. Nous avons vu, lorsque nous avons parlé de la raison d'être (*al-'illa*), que la raison d'être d'une prescription peut toujours être appelée cause, mais que cause ne signifie pas toujours raison d'être, et nous avons illustré la différence entre cause et raison d'être par des exemples.

La cause peut être un acte, une parole, un repère temporel ou autre chose. Nous en donnons ci-dessous divers exemples :

Des exemples de repères temporels qui sont la cause de lois-injonctions : les horaires fixés pour les cinq prières quotidiennes et l'apparition de la nouvelle lune indiquant le début du mois de Ramadan sont des causes dont découlent des devoirs religieux. En effet, Dieu dit à propos de l'intervalle de temps accordé pour accomplir la prière d'*al-maghrib* :

﴿ أَقِمِ ٱلصَّلَوٰةَ لِدُلُوكِ ٱلشَّمْسِ إِلَىٰ غَسَقِ ٱلَّيْلِ ﴾

« *Accomplis la prière du déclin du soleil jusqu'à l'orée de la nuit.* »

(Coran, S.17/V.78)

et à propos du début du jeûne :

﴿فَمَن شَهِدَ مِنكُمُ الشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ﴾

« *Quiconque d'entre vous verra poindre le croissant jeûnera tout le mois.* »

(Coran, S.2/V.185)

Des exemples de situation ou d'état : posséder une richesse imposable est une cause qui oblige à payer la *zakât*. Puis, contracter une maladie est une cause qui permet au Musulman pubère d'interrompre son jeûne obligatoire du mois de Ramadan. Ensuite, le fait qu'un homme ou une femme soit polythéiste est une cause qui empêche tout Musulman ou toute Musulmane de l'épouser. Enfin, la minorité est la cause immédiate de la tutelle d'une personne adulte sur le mineur.

Puis des exemples d'actes ou de comportement : voler le bien d'autrui est une cause qui engendre la mutilation de la main du voleur et commettre un homicide volontaire est une cause qui provoque la condamnation du meurtrier à la peine capitale.

La cause peut aussi être ce qui permet d'établir ou de transférer un droit de propriété. Ainsi, conclure un contrat de vente est la cause du transfert de la propriété d'une personne à une autre. Affranchir un esclave est la cause de son émancipation. De même, contracter un mariage est une cause de la légitimité des relations conjugales entre un homme et une femme, alors que prononcer le divorce est une cause de leur illégitimité. Ou encore, devenir l'associé de quelqu'un donne lieu à des devoirs et à des droits réciproques, comme partager les pertes et profits et se porter garant l'un de l'autre.

Dans le domaine des relations familiales : la parenté engendre des devoirs tels que subvenir aux besoins des parents ainsi que des droits tels qu'hériter d'eux, porter leur nom ou encore entretenir avec eux des liens familiaux.

Donc, la cause (*as-sabab*) peut être un acte résultant de la volonté de la personne majeure et responsable (*al-moukallaf*) ; c'est le cas de tous les actes criminels sanctionnés (*qiṣâṣ*), des contrats conclus comme la vente, le mariage, la location, etc., qui sont des causes engendrant des devoirs et des droits, ou encore de la possession d'une richesse imposable qui justifie le paiement de la *zakât*. La cause peut aussi être une situation dans laquelle la personne responsable se trouve et qui est indépendante de sa volonté, comme la minorité ou la

folie qui engendrent toutes deux la tutelle d'une tierce personne sur le mineur ou le fou, ou encore le commencement du temps accordé à la prière qui rend son accomplissement obligatoire, ou la parenté entre deux personnes qui donne à l'une ou à l'autre le droit de tutelle ou d'héritage.

Lorsqu'une cause, liée par le Législateur à un effet particulier, est présente et que les conditions nécessaires sont remplies, cet effet s'applique obligatoirement, que cet effet soit l'application d'une loi-injonction ou l'établissement ou l'invalidation d'un droit de propriété, par exemple. L'effet ne peut juridiquement être dissocié de sa cause, que cet effet soit voulu ou non par la personne responsable. Autrement dit, l'effet lié à la cause ne peut être remis en question ou annulé par la simple volonté de la personne responsable. Par exemple, en vertu du contrat de mariage, le mari doit subvenir aux besoins de sa femme, même si ce contrat comprend une clause stipulant le contraire. En vertu de la dispense accordée à celui qui voyage pendant le mois de Ramadan, le voyageur a le droit de ne pas jeûner même s'il n'avait pas l'intention de profiter de cette dispense. En vertu du caractère résiliable de la répudiation, le mari peut reprendre sa femme, même s'il a dit explicitement : « Je ne te reprendrai pas ». Ainsi, l'effet de la cause est valide par la volonté du Législateur non par celle de la personne responsable (*moukallaf*).

La condition (*ach-charṭ*)

Elle est définie comme l'attribut évident et constant dont l'absence entraîne la non-application du jugement, mais dont la présence ne conduit pas nécessairement à son application.

Par exemple, la présence d'un mariage valide est une condition préalable à un divorce. En effet, si le mariage n'est pas valide, il n'y a pas lieu de prononcer le divorce ; toutefois, tous les mariages valides ne donnent pas forcément lieu à des divorces. De même, avoir ses ablutions est une condition préalable à l'accomplissement de la prière ; néanmoins, il est tout à fait possible de faire ses ablutions et de ne pas accomplir de prière.

En général, la condition est complémentaire à la cause et procure à celle-ci son plein effet. Ainsi, le contrat de mariage légalise les relations conjugales entre époux, mais à condition (*ach-charṭ*) qu'il

soit établi devant deux témoins. De même, la cause (*as-sabab*) pour laquelle le meurtrier est puni c'est l'acte de meurtre, mais à condition que le meurtre ait été délibéré. Donc, un contrat ou une action ne conduit à son effet, juridiquement parlant, que lorsque toutes les conditions inhérentes sont respectées.

Une condition peut être posée par le Législateur ou par la personne responsable (*moukallaf*). Lorsque le Premier décrète une condition, celle-ci est désignée sous le nom de *ach-charṭ ach-char'î*, ou « condition légale », si c'est une condition stipulée par le *moukallaf*, c'est une « condition improvisée » (*ach-charṭ al-ja'lî*). Prenons l'exemple du mariage, sa condition juridique est la présence de deux témoins, sa condition improvisée peut être, par exemple, la condition stipulée par l'un des deux époux de résider dans telle ou telle région.

La personne responsable n'est toutefois pas libre de stipuler n'importe quelle condition : la condition doit être compatible avec le contrat ou l'action en question. Ainsi, une condition incompatible avec la nature du contrat telle que la prévoit la Loi entraînerait la nullité de ce contrat.

En outre, la condition (*ach-charṭ*) diffère de ce qu'on appelle le pilier ou l'élément essentiel de l'action (*ar-roukn*), bien que l'absence de l'un comme de l'autre invalide l'acte ou le jugement. Le pilier (*ar-roukn*) appartient à l'essence même de l'acte. Cela signifie que la loi ou le jugement ne peut exister en l'absence de ses éléments essentiels (*ar-roukn*). Quand l'ensemble ou seulement une partie de ces éléments essentiels manque, le jugement s'écroule complètement, cela entraîne donc sa nullité et son invalidité. Par contre, la condition est extérieure à l'essence même du jugement ou de l'action, elle n'en est qu'un élément complémentaire. Par exemple, l'inclinaison (*ar-roukoû'*) et la prosternation (*as-sajda*) sont des rites essentiels appartenant à la prière et font partie intégrante de la prière, mais avoir ses ablutions est une condition à la prière et c'est un attribut dont l'absence annule la prière mais qui ne fait partie ni de son essence, ni de ses rites essentiels. L'absence d'un pilier rend l'action nulle dans sa nature même, tandis que la non réalisation d'une condition constitue un vice de forme.

L'empêchement (*al-mâni'*)

Il est défini comme l'acte ou l'attribut dont la présence annule le jugement ou la cause du jugement. Dans les deux cas, le résultat est le même, le jugement ne s'applique pas. Ainsi la cause légale et les conditions du jugement sont réunies, mais le jugement est malgré tout annulé par un empêchement extérieur. Par exemple, deux personnes peuvent être liées par le mariage ou un quelconque autre lien de parenté, mais si elles sont toutes deux de religions différentes, cela empêche l'une d'hériter de l'autre. De même, tuer un parent est un acte qui annule le droit du meurtrier à hériter de lui. Ou encore, l'application du talion en cas d'homicide volontaire est annulée si le meurtrier est le père de la victime.

Le terme d'empêchement (*al-mâni'*) désigne donc un élément extérieur qui empêche l'application du jugement ou la validité de l'action, même si la cause et les conditions nécessaires sont réunies. Ce terme ne désigne toutefois pas l'absence d'une condition, même si cette absence invalide également l'action ou le jugement.

L'empêchement peut être un élément empêchant la cause de conduire à son effet. C'est par exemple le cas lorsqu'une personne possède une richesse suffisante pour être imposable mais a des dettes et ne paie donc pas de *zakât*. Les dettes empêchent la réalisation de la cause du jugement, par conséquent annulent ce dernier c'est-à-dire le devoir de payer la *zakât*. Comme la personne est endettée, elle ne jouit pas pleinement de ses droits de propriété. Ses créanciers ont aussi des droits sur ses biens et elle doit tout d'abord s'acquitter de ses dettes avant de donner aux nécessiteux.

La loi concessionnelle (*ar-roukhṣa*) et la loi stricte (*al-'azîma*)

1. Définition

Entrent dans la catégorie de la loi concessionnelle (*ar-roukhṣa*) toutes les dispenses prescrites par Dieu afin de faciliter la pratique de la religion aux croyants vivant des situations difficiles. Quant au terme de « loi stricte » (*al-'azîma*), il désigne toutes les lois de portée générale prescrites par Dieu à toutes les personnes majeures et

responsables, sans que leur application soit limitée à une situation particulière.

2. Les différents types de lois concessionnelles

L'une des lois concessionnelles les plus connues est celle qui stipule que les interdits deviennent permis en cas de nécessité ou de besoin. Par exemple, si une personne est forcée (sous peine de mort) de nier l'existence de Dieu ou la prophétie de Mohammad (ﷺ), il lui est permis de le faire tant qu'elle préserve sa foi en son for intérieur. Si quelqu'un est contraint de rompre le jeûne de Ramadan, de porter atteinte à la propriété d'autrui, de manger le cadavre d'une bête morte ou de boire du vin, aucun grief ne sera retenu contre lui tant qu'il agit sous la menace ou poussé par la famine ou la soif. Cela est confirmé par les versets suivants :

﴿ إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُۥ مُطْمَئِنٌّۢ بِٱلْإِيمَٰنِ ﴾

« *À part celui qui apostasie sous la contrainte mais dont le cœur demeure inébranlable en sa foi.* »

(Coran, S.16/V.106)

﴿ وَقَدْ فَصَّلَ لَكُم مَّا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا ٱضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ ﴾

« *Maintenant que vous a été détaillé ce qui vous est interdit, sauf en cas d'impérieuse nécessité.* »

(Coran, S.6/V.119)

﴿ فَمَنِ ٱضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَآ إِثْمَ عَلَيْهِ ﴾

« *Mais à celui qui y est contraint, sans être rebelle ni transgresseur, nul péché ne sera imputé.* »

(Coran, S.2/V.173)

Le Législateur concède aussi au croyant la permission de ne pas accomplir un devoir religieux s'il en est incapable. À titre d'exemple,

la maladie et le voyage dispensent le Musulman pleinement responsable (*al-moukallaf*) de son devoir de jeûne et le voyage lui permet de pouvoir raccourcir ses prières. En témoignent ces deux versets :

﴿ فَمَن كَانَ مِنكُم مَّرِيضًا أَوْ عَلَىٰ سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِّنْ أَيَّامٍ أُخَرَ ﴾

« *Quiconque d'entre vous est malade ou en voyage, jeûnera plus tard un nombre égal de jours.* »

(Coran, S.2/V.184)

﴿ وَإِذَا ضَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَن تَقْصُرُوا مِنَ الصَّلَاةِ ﴾

« *Lorsque vous êtes en campagne, il vous est permis d'écourter la prière.* »

(Coran, S.4/V.101)

Certains contrats pratiqués avant l'avènement de l'Islam ont été validés par une loi concessionnelle, bien qu'ils contredisent l'esprit de la législation musulmane, ceci afin de faciliter la vie des Musulmans. C'est entre autres le contrat de vente à terme, *bay' 'iqd as-salam,* dont l'objet est un bien inexistant à l'heure de la conclusion du contrat. Dans un *hadîth*, il est dit : « Le Prophète (ﷺ) nous a interdit de vendre un bien inexistant, mais nous a permis de pratiquer la vente à terme ». Il en est de même des contrats de location de services d'un fabriquant ou d'un artisan, des contrats de location immobilière ou des testaments. Tous ces contrats ne remplissent pas strictement les conditions légales du contrat, mais le Législateur en a autorisé l'application pour répondre aux besoins des Musulmans.

Les lois concessionnelles comprennent aussi l'abrogation de certaines prescriptions divines imposées aux peuples des croyants avant l'Islam. En effet, en épargnant aux Musulmans de couper un morceau de leurs habits en cas de souillure, de se tuer pour expier un péché commis, de payer le quart de leur richesse comme *zakât,* de n'accomplir la prière que dans la mosquée, le Législateur leur accorde des concessions répondant à leur prière formulée dans le verset :

﴿رَبَّنَا وَلَا تَحْمِلْ عَلَيْنَآ إِصْرًا كَمَا حَمَلْتَهُۥ عَلَى ٱلَّذِينَ مِن قَبْلِنَا﴾

« Seigneur, fais en sorte de nous épargner les épreuves trop lourdes, infligées à nos prédécesseurs. »

(Coran, S.2/V.286)

L'examen de ces différents types de concessions montre qu'elles ont toujours le même but : que le Législateur accorde une dispense à la personne responsable en autorisant exceptionnellement ce qui est interdit, qu'Il lui permette pour une raison précise de ne pas accomplir un devoir, ou qu'Il fasse exception de certains contrats pour répondre à un besoin, cela revient toujours à permettre ce qui est normalement interdit afin de répondre à une nécessité ou à un besoin.

Les hanafites distinguent deux types de lois concessionnelles : le premier type est destiné à faciliter l'acquittement du devoir et le deuxième représente une dispense de s'acquitter du devoir. Quand la concession vise l'allégement du devoir, la loi stricte reste valide et applicable mais devient plus aisée. Ils donnent comme exemples de ce type le fait de renier la foi sous la contrainte, ou d'être forcé à endommager les biens d'autrui, à manger un jour du mois de Ramadan, etc. Ils avancent comme preuves les versets suivants :

﴿مَن كَفَرَ بِٱللَّهِ مِنۢ بَعْدِ إِيمَٰنِهِۦٓ إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُۥ مُطْمَئِنٌّۢ بِٱلْإِيمَٰنِ وَلَٰكِن مَّن شَرَحَ بِٱلْكُفْرِ صَدْرًا فَعَلَيْهِمْ غَضَبٌ مِّنَ ٱللَّهِ﴾

« Ceux qui renient Dieu après avoir cru — hormis ceux qui apostasient sous la contrainte, mais dont le cœur demeure inébranlable en sa foi — et ceux qui s'ouvrent pleinement à l'infidélité, le courroux de Dieu s'abattra sur eux. »

(Coran, S. 16/V.106)

﴿فَمَنِ ٱضْطُرَّ فِى مَخْمَصَةٍ غَيْرَ مُتَجَانِفٍ لِّإِثْمٍ فَإِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ ۝٣﴾

« *Pour ceux qui se trouvent contraints, en temps de disette, tout en se refusant à tomber dans le péché, Dieu est Celui qui pardonne, Il est miséricordieux.* »

(Coran, S.5/V.3)

﴿ فَمَنِ ٱضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَآ إِثْمَ عَلَيْهِ ﴾

« *Mais à celui qui y est contraint, sans être rebelle ni transgresseur, nul péché ne sera imputé.* »

(Coran, S.2/V.173)

La formulation de ces versets montre que l'action mentionnée demeure répréhensible, mais que la punition encourue par ceux qui la commettent ne s'applique pas, par mesure d'exception, à ceux qui y sont contraints et forcés.

Ces actions demeurent donc interdites, même si Dieu ne les punit pas dans les cas de contrainte par miséricorde envers les croyants. C'est pourquoi ces *'oulamâ'* conseillent au Musulman contraint de commettre un péché de résister, et donc de s'efforcer d'appliquer la loi stricte. Si éventuellement il meurt suite à sa résistance, il est considéré comme martyr.

Par contre, quand la loi concessionnelle constitue une dispense du devoir, celui-ci est annulé. Les circonstances rendant valide la dispense effacent par là même la loi stricte. Ainsi, l'assoiffé ou l'affamé a pour priorité de se nourrir et de s'abreuver et il n'a plus à respecter les interdits alimentaires en cas de nécessité. Le voyageur raccourcit ses prières et n'a pas à les refaire à la fin de son voyage. Les aliments interdits ne le sont donc plus pour celui qui se trouve devant la nécessité impérieuse d'en consommer, puisque Dieu dit, après avoir énuméré ces aliments :

﴿ فَمَنِ ٱضْطُرَّ فِي
مَخْمَصَةٍ غَيْرَ مُتَجَانِفٍ لِّإِثْمٍ فَإِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ ﴿٣﴾ ﴾

« *Pour ceux qui se trouvent contraints, en temps de disette, tout en se refusant à tomber dans le péché, Dieu est*

Celui qui pardonne, Il est miséricordieux. »

(Coran, S.5/V.3)

Il dispense alors les croyants de leur devoir. L'affamé a le devoir de se nourrir, et commet un péché s'il ne le fait pas. De même, si un voyageur accomplit quatre *raka'ât* au lieu de profiter de la dispense et de n'en accomplir que deux, les deux *raka'ât* supplémentaires sont considérées comme une prière surérogatoire.

Cette distinction — entre les lois concessionnelles qui facilitent l'accomplissement du devoir et celles qui en dispensent complètement la personne responsable — n'existe pas en vérité dans le Coran. En effet, selon les textes cités ci-dessous, les interdits sont levés en cas de nécessité, et la contrainte est considérée comme une forme de nécessité :

﴿وَمَا لَكُمْ أَلَّا تَأْكُلُوا مِمَّا ذُكِرَ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ وَقَدْ فَصَّلَ لَكُم مَّا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ﴾

« *Quelle raison avez-vous de ne pas manger de ces nourritures sur lesquelles a été prononcé le nom de Dieu, maintenant que vous a été détaillé ce qui vous est interdit, sauf en cas d'impérieuse nécessité.* »

(Coran, S.6/V.119)

La nécessité peut venir de la contrainte, comme dans le verset :

﴿إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ﴾

« *hormis ceux qui apostasient sous la contrainte, mais dont le cœur demeure inébranlable en sa foi.* »

(Coran, S. 16/V.106)

Ou bien d'une circonstance extérieure, comme dans le verset :

﴿فَمَنِ اضْطُرَّ فِي﴾

﴿ مَخْمَصَةٍ غَيْرَ مُتَجَانِفٍ لِّإِثْمٍ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ ﴿٣﴾ ﴾

« *Pour ceux qui se trouvent contraints, en temps de disette, tout en se refusant à tomber dans le péché, Dieu est Celui qui pardonne, Il est miséricordieux.* »

(Coran, S.5/V.3)

Quant au verset suivant :

﴿ وَإِذَا ضَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَن تَقْصُرُوا مِنَ الصَّلَاةِ ﴾

« *Lorsque vous êtes en campagne, il vous est permis d'écourter la prière.* »

(Coran, S.4/V.101)

Ce verset indique clairement qu'écourter la prière est permis (*moubâḥ*), ce qui implique que ne pas l'écourter est permis également : on ne peut donc pas dire que le devoir d'accomplir quatre *raka'ât* est annulé en pareil cas.

En conclusion, les Textes indiquent que les concessions faites par le Législateur ont pour objectif de faciliter la pratique de la religion au croyant dans des cas bien précis (contrainte, question de survie...) en lui permettant de transgresser un interdit ou de délaisser un devoir. Toutefois, elles n'abrogent pas la loi stricte qui reste valide et valable pour tous les croyants menant une vie normale. La dispense signifie simplement que celui qui transgresse l'interdit ou n'accomplit pas le devoir ne commet pas de péché : c'est ce qu'indique la Parole de Dieu

﴿ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ ﴿٣﴾ ﴾

« *Dieu est Celui qui pardonne, Il est miséricordieux.* »

(dont Coran, S.5/V.3)

La personne responsable est donc libre soit de profiter de la dispense pour s'épargner une gêne, soit d'appliquer la loi stricte en supportant cette gêne. Toutefois, si cette gêne devient si grave qu'elle

entraîne un préjudice, son devoir est d'éviter le préjudice et de profiter de la dispense, conformément au verset qui dit :

﴿ وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ ﴾

« *Ne courez pas tête baissée à votre propre perte* »
(Coran, S.2/V.195)

Et à celui qui dit :

﴿ وَلَا تَقْتُلُوا أَنفُسَكُمْ ﴾

« *Et ne commettez pas le suicide* »
(Coran, S.4/V.29)

Ainsi, Dieu aime que les croyants respectent Ses ordres comme Il aime qu'ils usent de Ses permissions parce qu'Il ne veut pas que la religion soit une cause de gêne pour les hommes.

La définition de la loi concessionnelle permet de comprendre pourquoi elle est considérée comme une catégorie de loi déclaratoire (*al-ḥoukm al-waḍ'î*). En effet, par son biais, on explique comment une nécessité devient la cause légale de la levée d'une interdiction, ou comment une cause ou un facteur incident rend l'accomplissement d'un devoir plus aisé ; c'est aussi au moyen de la loi concessionnelle que les Musulmans sont soulagés de certaines gênes rencontrées dans leurs transactions, grâce à l'accord de facilités exceptionnelles. La loi concessionnelle obéit donc à la logique de la cause et de l'effet.

Le valide (*aṣ-ṣaḥîḥ*) et le non valide (*al-bâṭil*)

Les actes ordonnés par le Législateur aux personnes majeures et responsables (*moukallaf*), les causes et les conditions juridiques qu'Il a stipulées, peuvent être considérés par le Législateur soit comme valides (*ṣaḥîḥ*), soit comme non valides (*bâṭil*).

Les actions sont valides lorsqu'elles sont accomplies selon la manière prescrite par le Législateur et lorsque sont remplis tous les

éléments essentiels et toutes les conditions légales stipulés par Lui. Par contre, si elles sont imparfaites c'est-à-dire si un de leurs éléments essentiels ou une des conditions manque, elles sont déclarées invalides.

Les actes juridiquement valides produisent les effets prévus par la Loi. Celui qui accomplit ses devoirs comme il se doit, tels que les prières obligatoires, le jeûne, le pèlerinage, le paiement de la *zakât*, et les accomplit en remplissant tous les éléments essentiels et conditions, est quitte de ses devoirs envers Dieu. Donc, il n'encourt aucun blâme dans la vie d'ici-bas et mérite une récompense dans l'Au-delà.

Lorsqu'on effectue une vente, contracte un mariage, divorce ou lègue quelque chose par testament, cet acte, s'il est accompli de manière valide, est une cause (*sabab*) valide aboutissant à des devoirs et à des droits ; selon le cas, il peut s'agir de transfert de propriété, ou de rendre licites ou illicites certaines relations.

De même, la validité de tout acte soumis à des conditions est liée au fait que ces conditions soient remplies de manière valide. Remplir une condition, comme se purifier pour accomplir la prière et remplir toutes les conditions et éléments essentiels à l'accomplissement de la prière, permet d'obtenir un acte valide.

Ainsi, la non validité d'une action, d'une cause ou d'une condition l'empêche de donner lieu à ses conséquences juridiques. S'il s'agit d'un devoir, la personne responsable n'en est pas quitte, s'il s'agit d'une cause l'effet qui y est lié ne se produit pas, et s'il s'agit d'une condition il n'en dérive pas ce à quoi est associée la condition.

De cet exposé, on conclut donc que les actes, les causes, les conditions accomplis par la personne responsable (*moukallaf*) sont juridiquement invalides s'ils sont accomplis de manière erronée ou incomplète et ne sont donc pas conformes au discours du Législateur. Ils n'ont alors pas de conséquence juridique. L'invalidité peut provenir soit de l'absence d'un élément essentiel, soit de l'absence d'une des conditions nécessaires que cela concerne un acte cultuel, un contrat ou un comportement. Ainsi, un acte cultuel imparfait est invalide et une transaction viciée est invalide. Une prière invalide est une prière viciée que le croyant doit refaire, sans quoi il aura à répondre de son manquement à un devoir religieux. Un contrat de mariage irrégulier (sans témoin, sans dot, ou sans l'accord des deux parties) est invalide et ne peut donner lieu à des relations conjugales. Un contrat de vente vicié est invalide. Il n'engendre pas de transfert

de propriété d'un contractant à l'autre. Ainsi, il n'y a que deux catégories : soit l'acte, le contrat ou le comportement est valide et il en résulte des effets, soit il est invalide et il n'en résulte aucun effet juridique. Tel est l'avis de la majorité des *'oulamâ'*.

À l'instar des autres écoles doctrinales, les *'oulamâ'* hanafites répartissent les actes d'ordre cultuel (prière, jeûne...) en actes valides et en actes non valides. Mais ils se distinguent des autres écoles en classifiant les actes de la vie quotidienne (engagements et contrats) en valides, invalides et viciés. Cette dernière catégorie comprend les actes et contrats qui ne sont pas complètement invalides et qui peuvent avoir des effets juridiques. À titre d'exemple, une vente conclue par un fou est une vente nulle, mais une vente conclue sans qu'ait été fixé le prix de la chose vendue est une vente comportant un vice de forme ; cette vente engendre cependant le transfert de propriété du vendeur à l'acheteur. De même, un mariage incestueux est invalide, mais un mariage établi sans la présence de témoins est un mariage défectueux. Ce mariage permet à l'homme qui l'a contracté de s'attribuer la paternité des enfants issus de cette alliance. En fait, un contrat comportant un vice peut être réparé et devenir valide.

La validité et la non validité sont donc classées parmi les lois déclaratoires parce qu'elles déterminent la présence ou l'absence des conséquences juridiques des actes, des causes et des conditions. Ainsi, déclarer une vente valide signifie considérer qu'elle constitue la cause engendrant les conséquences légales de la vente.

CHAPITRE 3

AL-MAḤKOÛM FÎHI : L'OBJET DE LA PRESCRIPTION

Le terme arabe « *al-maḥkoûm fîhi* » désigne l'acte ou le comportement de la personne responsable sur lequel porte le jugement du Législateur, c'est-à-dire l'objet de la prescription.

Illustrons nos propos à partir des versets suivants :

﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ ﴾

« *Ô vous qui croyez, respectez vos engagements.* »
(Coran, S.5/V.1)

Dans ce verset, l'obligation exprimée par le discours du Législateur porte sur un acte de la personne responsable, à savoir le fait d'honorer ses engagements : cet acte est donc un devoir *(wâjib)*.

﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيۡنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٖ مُّسَمّٗى فَٱكۡتُبُوهُۚ ﴾

« *Ô vous qui croyez ! quand vous contractez une dette à échéance déterminée, écrivez-la.* »
(Coran, S.2/V.282)

La recommandation exprimée par ce verset concerne un acte de la personne responsable, la consignation des dettes contractées : cet acte

devient ainsi un acte recommandé (*mandoûb*).

﴿وَلَا تَقْتُلُوٓا۟ أَوْلَـٰدَكُمْ﴾

« *Ne tuez pas votre prochain.* »
(Coran, S.6/V.151)

L'interdiction exprimée par ce verset porte sur un acte de la personne responsable, à savoir l'homicide : le Législateur décrète que l'homicide est un acte interdit (*mouharram*).

﴿وَلَا تَيَمَّمُوا۟ ٱلْخَبِيثَ مِنْهُ﴾

« *Et ne choisissez pas ce qui est vil pour le donner en aumône.* »
(Coran, S.2/V.267)

La réprobation exprimée par ce verset porte sur un acte de la personne responsable, à savoir donner en aumône des biens en mauvais état ou mal acquis. Ce genre d'acte est donc abhorré *(makroûh)*.

﴿فَمَن كَانَ مِنكُم مَّرِيضًا أَوْ عَلَىٰ سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِّنْ أَيَّامٍ أُخَرَ﴾

« *Quiconque d'entre vous est malade ou en voyage, jeûnera plus tard un nombre égal de jours.* »
(Coran, S.2/V.184)

Dans ce verset, le discours du Législateur porte sur la maladie et le voyage et en fait des motifs permettant au croyant de rompre son jeûne et de le reporter à plus tard.

Toute prescription émanant du Législateur porte donc nécessairement sur un acte de la personne responsable, acte qu'il lui est demandé d'accomplir ou de ne pas accomplir, ou sur lequel un choix lui est laissé, ou encore auquel des conséquences sont attachées.

On considère que toute injonction porte nécessairement sur une action, c'est-à-dire que les lois-injonctions ne peuvent concerner que

les actes de la personne responsable. Dans le cas du devoir ou de la recommandation, la chose est claire : l'obligation porte sur l'accomplissement obligatoire du devoir, et la recommandation porte sur l'accomplissement d'une action mais de façon non obligatoire, donc dans un cas comme dans l'autre, il y a une action à accomplir.

Lorsque le jugement du Législateur est l'interdiction ou la réprobation, ce jugement concerne également une action : il s'agit alors de s'abstenir d'accomplir l'acte interdit ou réprouvé. Lorsqu'on dit que « toute injonction porte nécessairement sur une action », on inclut dans la notion d'action le fait de s'abstenir de faire quelque chose. Donc, tous les ordres et toutes les interdictions portent sur les actes de la personne responsable, l'ordre enjoignant d'accomplir une action tandis que l'interdiction enjoint de s'en abstenir.

L'acte faisant l'objet d'une injonction doit remplir trois conditions

1. Il doit être clairement expliqué et décrit à la personne responsable afin que celle-ci puisse l'accomplir comme il le faut.

Par conséquent, les textes contenant des ordres généraux ne revêtent une valeur coercitive pour les croyants qu'après avoir été expliqués par le Prophète (ﷺ). Ainsi Dieu dit :

﴿وَأَقِيمُوا الصَّلَوٰةَ﴾

« *Et accomplissez la prière.* »
(Coran, dont S.2/V.43)

Cependant, les éléments essentiels de la prière, ses conditions et la manière de l'accomplir, tout cela n'est pas expliqué dans le verset coranique. C'est pourquoi le Prophète (ﷺ) a apporté aux croyants l'explication nécessaire en disant : « Priez de la même façon que moi ».

Il en est de même des autres devoirs cultuels (pèlerinage, jeûne, aumône...) et de tous les ordres généraux du Législateur : la personne responsable ne peut être considérée redevable d'une action qu'une fois apportées les explications nécessaires. C'est pourquoi Dieu a

confié à Son Prophète (ﷺ) la mission d'expliciter Ses ordres, par Sa Parole :

﴿وَأَنزَلْنَآ إِلَيْكَ ٱلذِّكْرَ لِتُبَيِّنَ لِلنَّاسِ مَا نُزِّلَ إِلَيْهِمْ﴾

« Et Nous t'envoyons le Rappel afin que tu expliques clairement aux hommes ce qui a été révélé à leur intention. »
(Coran, S.16/V.44)

Ainsi les gestes et paroles du Prophète (ﷺ) — la *sounna fi'liyya* et la *sounna qawliyya* — apportent-ils les explications nécessaires à l'application des injonctions coraniques exprimées en termes sommaires. Les *'oulamâ'* s'accordent à considérer que l'explication doit être apportée au moment où le besoin s'en fait sentir.

2. L'injonction doit émaner d'une autorité reconnue comme telle par la personne responsable, afin que celle-ci l'exécute sans aucune réticence. C'est pour cette raison que l'on établit avant tout la force probante et l'autorité de chaque source du Droit musulman, et c'est pour la même raison que le droit positif doit être élaboré par un pouvoir légitime (parlement, gouvernement, sénat, etc.) et reconnu comme tel par la société qui l'applique.

Notons toutefois que la condition selon laquelle la personne majeure doit connaître les injonctions divines, signifie en réalité qu'elle doit être en mesure de les connaître. Toute personne majeure et responsable, capable de connaître les lois et les prescriptions divines soit par elle-même soit en s'en enquérant auprès des *'oulamâ'*, est supposée connaître la Loi et est soumise à son application, sans pouvoir se prévaloir de son ignorance. Les juristes considèrent donc qu'aucun Musulman n'est censé ignorer les prescriptions divines. En effet, si la condition de validité d'une injonction était la connaissance effective de cette injonction par la personne responsable, l'application de la Loi deviendrait trop épineuse puisqu'il serait facile de prétendre l'ignorer.

Rappelons que cela est aussi valable pour le droit positif. Dès qu'une loi est promulguée et rendue publique, nul n'est censé l'ignorer, non parce que l'on vérifie que chaque individu en a effectivement pris connaissance, mais parce que chacun est en mesure de le faire.

De même, lorsqu'on dit que la personne responsable sait que

l'injonction émane d'une autorité à laquelle elle doit se soumettre, on entend par là qu'elle est en mesure de le savoir. Ainsi, la personne responsable est en mesure de connaître, soit par elle-même soit en s'en enquérant, l'indication juridique conférant à chaque prescription sa force coercitive.

3. L'action faisant l'objet d'une injonction doit être possible à accomplir, c'est-à-dire que la personne responsable doit être en mesure de l'accomplir ou de s'en abstenir. Cette condition entraîne deux conséquences, à savoir :

a. Selon le droit musulman, on ne peut ordonner à la personne responsable un acte impossible, que l'impossibilité soit intrinsèque ou extrinsèque à l'acte. L'impossibilité est intrinsèque ou logique lorsque la raison ne peut imaginer la réalisation d'un tel acte. C'est le cas, par exemple, si l'on demande à la même personne de faire deux choses contradictoires en même temps, comme rendre un acte obligatoire et l'interdire en même temps, ou demander à quelqu'un d'être à la fois éveillé et endormi. L'impossibilité est extrinsèque ou normale lorsqu'il s'agit d'un acte que la raison peut envisager, mais que les lois de l'univers ne permettent pas habituellement de réaliser, comme le fait qu'un être humain vole sans aide mécanique, ou qu'une plante pousse sans graine. Dieu, dans Son infinie sagesse, n'ordonne à l'homme que ce qu'il peut faire : Ses lois sont justes et non arbitraires. D'où la règle formulée par les théoriciens du droit musulman : « On ne peut ordonner et interdire la même chose à la même personne en même temps. » On ne peut en effet ordonner une chose et son contraire, comme ordonner à la même personne d'accomplir un acte et de s'en abstenir en même temps.

b. L'injonction faite à la personne responsable ne peut juridiquement concerner l'accomplissement ou le non accomplissement d'un acte par quelqu'un d'autre, puisque nul n'a le contrôle des actions d'un autre. Ainsi, on ne peut ordonner à personne que son frère paye la *zakât*, que son père fasse la prière, ou que son voisin s'abstienne de voler. La seule obligation de la personne responsable, en ce qui concerne les actions des autres, c'est le devoir de donner de bons conseils, de recommander le bien et d'interdire le mal : en effet, cela seul est à sa portée.

En outre, on ne peut juridiquement tenir quelqu'un pour responsable de ce qui ne dépend pas de sa volonté mais appartient à ses

caractères innés ou à ses réactions physiologiques et biologiques, comme changer d'humeur suite à la colère, rougir de timidité, l'amour et la haine, la tristesse et la joie, la peur, la digestion et la respiration, la taille grande ou petite, la couleur de peau noire ou blanche, etc. Les caractères innés et les instincts de l'homme, puisqu'ils échappent à son contrôle et ne dépendent pas de sa volonté, ne peuvent faire l'objet d'ordres ou de lois.

Remarquons que certains textes du Coran et de la sunna semblent, à première vue, ordonner des choses dépassant la capacité et la volonté humaines. Toutefois, une lecture attentive montre que la signification de ces textes dépasse le sens littéral et que ce qu'ils exigent de l'homme est tout à fait possible :

— Le premier texte est le *ḥadîth* suivant : Le Prophète (ﷺ) a dit : « Ne te mets pas en colère ! » À première vue, ce texte interdit au croyant de se fâcher — phénomène naturel et susceptible de survenir quand un motif quelconque pousse l'être humain à se mettre en colère. Mais en réalité, ce texte n'interdit pas la colère elle-même. Il met en garde le croyant contre les conséquences néfastes d'un comportement sous l'emprise de la colère. Ce *ḥadîth* peut être alors interprété comme suit : Contrôle-toi bien lorsque tu es en colère, et repousse ses mauvais effets.

— Le deuxième texte est encore un *ḥadîth* : « Sois, devant Dieu, la victime et non le meurtrier ! » À priori, à travers ces propos, on comprend que le Prophète (ﷺ) ordonne au croyant de se laisser tuer, ce qui est en contradiction avec l'instinct de survie qui amine tout être humain. En fait, le sens profond de cette parole est plutôt : Ne cherche pas à agresser autrui et à lui ôter la vie, ne sois pas l'agresseur.

— Le troisième exemple est également un *ḥadîth* : « Aimez Dieu pour les bienfaits qu'Il vous a donnés ». Or, on ne peut ordonner l'amour qui est un sentiment spontané. Le Prophète (ﷺ), par ces paroles, incitait les hommes à reconnaître les bienfaits de Dieu et à éprouver de la gratitude envers Lui.

— Les quatrième et cinquième exemples viennent du Coran :

﴿وَلَا تَمُوتُنَّ إِلَّا وَأَنتُم مُّسْلِمُونَ ﴿١٠٢﴾﴾

« *Et ne mourez pas autrement que musulmans* »
(Coran, S.3/V.102)

L'ordre semble porter sur une situation future, alors que personne ne peut garantir être musulman au moment de sa mort. Mais en réalité, Dieu recommande ainsi aux croyants de marcher dans le droit chemin pendant toute leur vie et de ne pas dévier dans leur foi, de manière à la préserver jusqu'à la fin de leur existence.

﴿ لِّكَيْلَا تَأْسَوْا عَلَىٰ مَا فَاتَكُمْ وَلَا تَفْرَحُوا بِمَا آتَاكُمْ ﴾

« Ainsi, ne regrettez pas un bien qui vous échappe, ni ne vous réjouissez à l'excès de celui qui vous échoit. »

(Coran, S.57/V.23)

Cette injonction semble interdire la tristesse et la joie, qui sont des sentiments naturels. Mais ce qui nous est interdit par Dieu, c'est en réalité de se laisser emporter par la tristesse ou par la joie jusqu'à en oublier la raison et la pudeur.

Lorsqu'on rencontre un texte de ce type, on l'interprète donc en considérant que l'injonction porte soit sur les conséquences négatives d'une réaction naturelle, soit sur les circonstances qui la déclenchent, des conséquences et des circonstances qui, elles, dépendent de la volonté de l'homme.

La condition selon laquelle l'acte ordonné doit être réalisable pour que l'ordre soit valide, n'implique pas toutefois que la réalisation de cet acte ne doive pas comporter de difficulté. Un acte peut en effet être possible tout en étant difficile. Les injonctions faites à l'être humain comportent toujours une certaine difficulté, puisque toute obligation comprend un élément de contrainte.

On reconnaît cependant deux types de difficulté :

— D'une part, les difficultés normales, inhérentes à la vie, et qui n'entraînent pas de préjudice pour celui qui les supporte. Ces difficultés, que l'homme est capable de surmonter, sont par exemple celles liées aux efforts fournis par tout travailleur pour gagner sa vie. Les devoirs religieux ne sont pas exempts de difficultés de ce type, mais ce sont des difficultés supportables n'entraînant pas de préjudice. Le Législateur n'a pas imposé ces devoirs à l'être humain en raison des difficultés qui les accompagnent, mais en raison des bienfaits qu'ils apportent, et c'est pour aboutir à ces bienfaits que le

croyant doit surmonter des difficultés supportables. De la même façon, lorsqu'un médecin prescrit un remède amer à un malade, celui-ci supporte ce désagrément pour obtenir la guérison. Si l'accomplissement de la prière, du jeûne et des autres devoirs religieux comporte une certaine mesure de difficulté et de contrainte, ces difficultés sont supportables, et ces actes sont le moyen d'obtenir des bienfaits nécessaires à l'être humain. Ainsi le Législateur cherche-t-il, en imposant des difficultés à l'homme, non pas à le faire souffrir mais à lui procurer un bien, comme le médecin qui cherche à guérir son malade en lui administrant un remède amer.

— D'autre part, les difficultés que l'être humain ne peut normalement supporter, et qui entraînent un préjudice. On peut citer, parmi les actes entraînant ce type de difficultés, le jeûne continu, le célibat, veiller toutes les nuits, se rendre au pèlerinage à pied, appliquer les lois strictes lorsqu'une dispense est justifiée quelles qu'en soient les conséquences. Le Législateur ne demande pas à l'homme de supporter ce genre de difficultés, car le but premier de la législation est de préserver l'être humain de tout préjudice. Or, supporter ce type de difficultés dépasse les capacités de l'être humain et entraîne donc un préjudice. C'est pourquoi Dieu a prescrit les lois concessionnelles dispensant le croyant de l'accomplissement de devoirs devenus trop pénibles : la permission de rompre le jeûne du Ramadan lorsqu'on est malade ou en voyage, de faire les ablutions sèches (*tayammoum*) lorsqu'on ne trouve pas d'eau ou qu'on est malade, et en général la permission d'enfreindre les interdits en cas de besoin ou de nécessité, tout cela vise à écarter ce genre de difficultés. La personne responsable ne peut se voir imposer des difficultés que l'objectif du Législateur est de lui épargner.

Dieu a prescrit les dispenses pour écarter les difficultés de ce type lorsqu'elles sont liées à l'accomplissement d'un devoir. En outre, Il interdit à l'homme de s'imposer à lui-même des difficultés insurmontables. C'est pourquoi le Prophète (ﷺ) a interdit aux croyants de jeûner jour et nuit, de prier durant toute la nuit sans prendre le temps de dormir et de s'astreindre au célibat. Nous citons ci-dessous les *hadîth* les plus connus qui illustrent ces propos :

— « Par Dieu, je suis l'homme le plus pieux d'entre vous et celui qui craint le plus d'offenser le Seigneur. Toutefois, cela ne m'empêche pas de jeûner puis de me nourrir normalement, de prier

une partie de la nuit et de me reposer pendant l'autre partie, et de me marier. Celui qui se détourne de ma tradition ne saurait se réclamer des miens. »

— « Jeûnez mais ne restez pas sous le soleil brûlant ! » parole adressée à un Musulman qui jeûnait en passant sa journée debout au soleil.

— « Choisissez les actes de piété dont vous êtes capables. »

— « Soyez modérés et vous atteindrez votre but. »

— « Ceux qui sont excessifs dans leurs actes sont perdants. »

— « Cette religion est très profonde, avancez dans son apprentissage tout en douceur. Celui qui essaie d'être excessif verra son effort le conduire à l'échec. »

— « Le voyageur qui épuise sa bête ne couvre pas de distance et ne conserve pas de monture. »

Le Prophète (ﷺ) condamne en outre ceux qui refusent de profiter des dispenses et veulent s'attacher à la loi stricte même si elle entraîne un préjudice :

— « Jeûner lorsqu'on est en voyage n'est pas un acte pieux. »

— « Dieu aime que le Musulman use de ses dispenses, comme Il aime qu'il respecte ses lois strictes. »

CHAPITRE 4

AL-MAHKOÛM 'ALAYHI : LE SUJET DE LA PRESCRIPTION

Il s'agit de la personne majeure et responsable concernée par le discours du Législateur, désignée en arabe par le terme « *al-moukallaf* ».

Pour être considérée comme *moukallaf*, ou responsable en droit, toute personne doit répondre à deux critères :

1. Être en mesure de recevoir et de comprendre le discours du Législateur, et de comprendre quelles sont ses responsabilités. En effet, si l'on ne comprend pas les Textes, on ne peut les appliquer et s'y conformer. Donc, pour être soumis à la loi musulmane, il faut jouir de sa raison, c'est-à-dire avoir les facultés mentales suffisantes pour comprendre et juger, puisque c'est la raison qui permet de comprendre un ordre et qui dirige la volonté humaine vers son exécution. Comme il n'y a pas de moyen concret pour savoir si quelqu'un est doué de toute sa raison ou non, cet état a été lié à des phénomènes biologiques tels que la puberté et l'âge (la majorité). Est donc responsable en droit toute personne pubère ne présentant pas de signe de déficience mentale. L'enfant n'est pas responsable en droit parce que sa raison n'est pas mûre, ni le fou parce que sa raison est déficiente. De même, on ne peut considérer celui qui oublie, qui dort ou qui est ivre comme responsable en droit tant que perdure l'état d'oubli, de sommeil ou d'ébriété. Ce principe est clairement exprimé par le *ḥadîth* qui dit : « Trois personnes ne sont pas responsables devant Dieu de leurs actes, la personne qui dort tant qu'elle ne s'est pas réveillée, l'enfant avant la puberté et le fou tant qu'il n'a pas recouvré la raison » et par le *ḥadîth* qui dit : « Celui qui, endormi, laisse passer l'heure de la prière doit l'accomplir à son réveil, celui qui oublie de

faire une prière doit la faire aussitôt qu'il s'en souvient ».

Quant à payer la *zakât*, faire des dépenses ou garantir une dette sur les biens d'un enfant ou d'un fou, cela ne relève pas de la responsabilité juridique de l'enfant ou du fou mais bien de celle du tuteur légal (*al-walî*), qui est chargé d'assumer la responsabilité financière de leurs biens, comme de payer les impôts exigibles sur ces biens.

Quant au verset suivant :

﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَقۡرَبُواْ ٱلصَّلَوٰةَ
وَأَنتُمۡ سُكَٰرَىٰ حَتَّىٰ تَعۡلَمُواْ مَا تَقُولُونَ ﴾

« *Ô vous qui croyez n'approchez pas de la prière en état d'ivresse jusqu'à ce que vous ayez recouvré votre lucidité.* »
(Coran, S.4/V.43)

Il ne constitue pas une injonction adressée à une personne en état d'ébriété, donc non responsable, mais bien une injonction faite au Musulman jouissant de toutes ses facultés, de ne pas consommer de vin lorsque l'heure de la prière approche afin de ne pas approcher de la prière en état d'ébriété. Rappelons que ce verset, appartenant au début de la Révélation, avait pour but d'apprendre aux premiers Musulmans à cesser de boire du vin. Comme il y a cinq prières par jour, il devient difficile pour celui qui veut les faire de s'enivrer dans l'intervalle de temps séparant deux prières. Il n'a pas d'autre choix que d'arrêter de consommer du vin. Bref, pour les Musulmans contemporains, ce verset n'a d'autre signification que d'interdire toute boisson enivrante. Par ailleurs, si les hanafites considèrent le divorce prononcé par un homme ivre comme juridiquement valide, c'est afin de punir cet homme de son ivresse : c'est pourquoi ils posent comme condition que l'homme ait consommé la boisson interdite de son plein gré.

Pour ce qui est des peuples non arabes qui embrassent l'Islam, pour qu'ils deviennent soumis à ses lois, il faut soit qu'ils puissent apprendre la langue arabe et accéder à la connaissance du Coran et de la sunna, soit que les Textes fondamentaux soient traduits en leurs langues respectives ou qu'ils disposent d'ouvrages rédigés dans leurs langues leur expliquant les commandements de Dieu, soit encore, et

c'est la meilleure solution, que des Musulmans arabes apprennent les langues de ces peuples afin d'expliquer à chacun dans sa langue le message de l'Islam. En effet, à la fin du sermon prononcé lors de son pèlerinage d'adieu, le Prophète (ﷺ) a pris Dieu à témoin qu'il avait transmis son message, puis a ordonné aux Musulmans de diffuser ce message en disant notamment que les présents devaient en informer les absents. Or, les présents englobent ceux qui ont accédé à la connaissance du message de l'Islam, tandis que les absents englobent ceux qui n'en ont pas eu connaissance et ne comprennent pas la langue du Coran. Donc une personne ne comprenant pas la langue du Coran, ne pouvant accéder à son message et ne disposant pas de traduction de ce texte dans sa langue, et à qui on n'a pas expliqué le message de l'Islam dans la langue qu'elle comprend, ne peut être considérée comme responsable aux yeux du droit musulman. Dieu a dit :

﴿وَمَآ أَرۡسَلۡنَا مِن رَّسُولٍ إِلَّا بِلِسَانِ قَوۡمِهِۦ لِيُبَيِّنَ لَهُمۡ﴾

« Il n'est pas de messager envoyé par Nous qui n'ait usé de la langue de son peuple pour lui exposer son message. »
(Coran, S.14/V.4)

2. Avoir la capacité (*al-ahliyya*), c'est-à-dire être juridiquement jugé capable d'assumer les devoirs imposés par le Législateur et de les accomplir.

Les *ou*s*oûlî* distinguent deux types de capacité : la capacité de jouissance (*ahliyya al-woujoûb*) et la capacité d'exercice (*ahliyya al-adâ'*). La capacité de jouissance est conséquente à la nature humaine elle-même. La capacité de jouissance est l'aptitude de l'homme à posséder des droits et à assumer des devoirs. Elle provient de la caractéristique fondamentale dont Dieu a doté l'homme pour le différencier de tous les autres êtres vivants, à savoir la conscience morale (en arabe *dhimma*). La conscience morale est la caractéristique, liée à la nature même de l'être humain, qui lui confère des droits et des devoirs envers autrui.

La capacité de jouissance appartient à tout être humain en tant que tel. Partant de cela, tout être humain, qu'il soit homme ou femme, qu'il soit un fœtus, un enfant ou un adulte, qu'il soit sage ou sot, sain

d'esprit ou aliéné, en bonne ou en mauvaise santé, possède la capacité de jouissance, puisque cette capacité est liée à une caractéristique appartenant à la nature même de l'être humain.

Quant à la capacité d'exercice, elle est liée à la raison et à la majorité. C'est la capacité de la personne responsable en droit, en vertu de laquelle les actes et les paroles de cette personne ont une valeur juridique. En vertu de cette capacité, la personne responsable qui accomplit la prière, jeûne, fait le pèlerinage, ou accomplit tout autre devoir, est juridiquement considérée comme quitte de ce devoir, tandis que celle qui porte atteinte à la personne, aux biens ou à l'honneur d'autrui est punie pour avoir violé la loi. La capacité d'exercice, c'est donc la responsabilité juridique fondée sur la capacité de discernement de l'être humain, c'est-à-dire la raison.

Influence de l'état de la personne sur la capacité de jouissance

La capacité de jouissance peut être soit réduite (*ahliyya al-woujoûb nâqiṣa*), soit totale (*ahliyya al-woujoûb kâmila*).

La capacité de jouissance réduite confère à l'être humain des droits sans lui assigner de devoirs, ou l'inverse. L'exemple parfait de la capacité conférant exclusivement des droits est celle que possède le fœtus qui a des droits tel que celui d'hériter, d'être bénéficiaire d'un testament ou de l'usufruit d'une fondation pieuse (*waqf*), mais qui n'a de devoirs envers personne. Quant à l'exemple parfait de la capacité engendrant exclusivement des devoirs, c'est celle que possède le mort. En effet, une fois décédée, la personne humaine n'a plus de droits — excepté celui d'être enterrée selon les usages islamiques — mais elle peut conserver des devoirs envers autrui. En effet, les dettes qu'elle a contractées de son vivant doivent être payées en prélevant leur montant sur l'héritage qu'elle a laissé, sinon elles doivent être remboursées par ses héritiers. Certains juristes ajoutent même à ce devoir de payer ses dettes, le droit du défunt à recouvrer ses créances. À notre avis, toutefois, la mort libère l'homme de ses devoirs et rend désuets ses droits. On ne peut plus du tout parler de capacité juridique du mort puisqu'il n'a plus de conscience morale, donc plus de responsabilité. Si ses dettes doivent être honorées, dans la limite des biens laissés en héritage, c'est parce qu'elles sont liées à cet héri-

tage et deviennent donc partie intégrante des devoirs des héritiers. De même, si ses créances doivent être recouvrées c'est parce qu'elles font partie des droits des héritiers.

La capacité de jouissance totale implique que la personne humaine a des devoirs mais aussi des droits. Cette capacité appartient à tout être humain depuis le jour de sa naissance jusqu'à celui de sa mort. À toutes les étapes de sa vie et en toutes circonstances, l'être humain possède la capacité de jouissance.

Influence de l'état de la personne sur la capacité d'exercice

La capacité d'exercice peut être soit inexistante *(ma'doûma)* soit réduite (*nâqiṣa*) soit totale (*kâmila*), suivant l'état de la personne.

1. La capacité d'exercice est inexistante chez l'enfant non pubère, et chez le fou ou l'aliéné mental. Ils sont en état d'incapacité (*'adîm al-ahliyya*), temporaire pour l'enfant ou permanente pour le fou. Ces personnes ne possédant pas le discernement nécessaire pour être responsables de leurs actes et de leurs paroles, leurs actes n'ont aucun effet juridique. Toutefois, si l'enfant ou le fou commet un homicide, son tuteur doit payer le prix du sang à la famille de la victime ; ou si l'un d'eux endommage les biens d'autrui, son tuteur doit en rembourser la valeur. Mais ces personnes ne peuvent faire l'objet de représailles ou d'une quelconque punition. Les juristes considèrent ainsi que la faute commise par l'enfant ou le fou est une faute involontaire relevant de la responsabilité civile de son tuteur.

2. La capacité d'exercice est restreinte chez la personne ayant atteint l'âge de raison mais non majeure (un enfant âgé de plus de sept ans) et chez la personne souffrant d'une déficience mentale, mais n'étant ni folle ni totalement dépourvue de ses facultés intellectuelles. Ces personnes peuvent réaliser certains actes qui leur profitent, comme accepter un don ou une aumône. Par contre, elles ne doivent pas accomplir d'acte représentant un préjudice pour elles, même avec la permission de leur tuteur. Ainsi, des actes comme faire une aumône ou un don, léguer quelque chose, divorcer, affranchir un esclave, etc., ne sont pas valides juridiquement s'ils sont accomplis par de telles personnes. Quant aux actes pouvant être profitables ou préjudiciables, comme de conclure un contrat ou un engagement, la personne

possédant une capacité d'exercice restreinte peut les accomplir avec la permission de son tuteur. En effet, la capacité d'exercice existe bien pour ces personnes, et leurs contrats sont donc valides, mais elle est restreinte, c'est pourquoi elle doit être appuyée par la capacité totale du tuteur afin de conférer au contrat la validité d'un acte accompli par une personne majeure et responsable.

La capacité d'exercice est totale chez la personne pubère et majeure, jouissant de toutes ses facultés mentales. C'est en réalité la jouissance des facultés mentales qui détermine la capacité d'exercice, mais cette jouissance n'étant pas vérifiable, on la lie à une circonstance concrète, à savoir la puberté. La personne ayant atteint la puberté devient donc pleinement responsable en droit, si elle ne présente pas de signe de déficience ou d'incapacité mentale.

Les causes d'incapacité

La capacité de jouissance est inhérente à l'essence même de l'être humain. Elle lui est acquise par le fait même de sa naissance et il la conserve jusqu'à sa mort. Aucune cause ne peut donc l'empêcher.

Par contre, la capacité d'exercice n'est acquise qu'à partir d'un certain âge et selon certaines conditions énumérées ci-dessus. Elle peut être inexistante, chez l'enfant à naître ou n'ayant pas atteint l'âge de raison, restreinte chez l'enfant impubère, ou totale chez l'adulte. Toutefois, chez ce dernier, il existe des causes pouvant limiter la capacité d'exercice. Ces causes d'incapacité sont soit extérieures à la volonté humaine comme la folie, l'idiotie ou la perte de mémoire, soit le résultat d'actes humains comme l'ivresse, l'endettement, la sottise.

La cause d'incapacité peut affecter la capacité d'exercice en la réduisant à néant, et c'est le cas de la folie, du sommeil, de l'évanouissement. Ainsi, le fou, la personne endormie ou évanouie ne sont pas responsables de leurs actes, et ceux-ci n'ont pas d'effets juridiques. C'est le tuteur qui s'acquitte des devoirs financiers du fou à la place de ce dernier, et la personne endormie ou évanouie s'acquitte de ses divers devoirs une fois qu'elle s'est réveillée ou a recouvré ses sens.

La cause d'incapacité peut également restreindre la capacité d'exercice sans l'annuler totalement. Ce type de cause, l'idiotie par exemple, transforme la capacité totale en une capacité restreinte :

ainsi l'idiot a-t-il le statut d'un enfant ayant atteint l'âge de raison.

Enfin, notons que certains états par lesquels passe la personne humaine affectent la capacité d'exercice, sans toutefois être de réelles causes d'incapacité. À titre d'exemple, le sot (*safîh*) ou l'irréfléchi (*ghâfil*) jouissent tous deux d'une capacité d'exercice totale, mais la Loi permet de les mettre sous interdiction judiciaire, afin qu'ils ne dilapident pas leurs biens. Ainsi, tous leurs actes et contrats financiers sont invalides, non parce qu'ils sont frappés d'incapacité mais pour préserver leurs biens.

De même, la personne endettée, adulte et jouissant de toutes ses facultés, dispose d'une capacité d'exercice totale. Elle est toutefois privée du droit de réaliser des transactions financières, afin de préserver les intérêts de ses créanciers.

En résumé, la condition à la capacité d'exercice est la pleine possession des facultés mentales. On présume que l'individu possède toutes ses facultés mentales lorsqu'il devient pubère, c'est pourquoi c'est à partir de la puberté que la personne dispose d'une capacité d'exercice totale. Si une circonstance empêche la personne d'user de ses facultés mentales, soit totalement comme la folie, soit partiellement comme l'idiotie, ou encore l'empêche d'exercer son jugement, comme le sommeil ou l'évanouissement, la capacité d'exercice devient restreinte ou nulle.

Les circonstances n'affectant pas la raison et le jugement de la personne n'affectent pas la capacité d'exercice, même si des circonstances telles que la sottise, la distraction ou l'endettement peuvent nécessiter des mesures limitant cette capacité. C'est parce que la capacité d'exercice n'est pas affectée juridiquement par de telles circonstances qu'Aboû Ḥanîfa s'oppose à l'interdiction judiciaire infligée aux personnes endettées ou sottes, en considérant qu'elle pose plus de problèmes qu'elle n'en résout.

TROISIÈME PARTIE

LES RÈGLES LINGUISTIQUES

— les niveaux de signification du texte
— le cas contraire
— la signification manifeste et ses divers degrés
— la signification latente et ses divers degrés
— les termes polysémiques et leur signification
— les termes généraux et leur signification
— les termes restrictifs et leur signification

INTRODUCTION

Les Textes du Coran et de la sunna sont rédigés en langue arabe. Or, pour bien comprendre les lois exprimées dans cette langue, il faut maîtriser sa syntaxe, sa sémantique et sa rhétorique. Les spécialistes de la science de *ousoûl al-fiqh* (fondements du Droit musulman) doivent donc également être des spécialistes de la langue arabe. Leur travail juridique se base tout d'abord sur celui des linguistes. C'est en se référant aux travaux de ces derniers qu'ils ont établi des règles linguistiques permettant d'élucider le sens caché des Textes, d'expliquer la contradiction apparente de textes qui semblent s'opposer entre eux, et d'interpréter les textes susceptibles de l'être. L'étude linguistique des Textes est nécessaire pour pouvoir en extraire les lois.

Ces règles et ces critères linguistiques n'ont pas, soulignons-le, de caractère religieux et sacré, car ils sont basés sur l'analyse des Textes et sur les travaux des linguistes et des grammairiens arabes. Ils représentent simplement un outil de compréhension des Textes. C'est pourquoi ils servent aussi à comprendre les textes du Droit positif rédigés en arabe, puisque ceux-ci utilisent également la syntaxe, la sémantique et la rhétorique arabes.

La responsabilité juridique étant basée sur la connaissance présumée de la Loi, on ne peut logiquement demander à quelqu'un d'appliquer des lois énoncées dans une langue qu'il ne comprend pas. Ainsi toutes les nations et communautés du monde élaborent-elles leur droit dans la langue de leurs membres. Dieu dit :

﴿وَمَآ أَرۡسَلۡنَا مِن رَّسُولٍ إِلَّا بِلِسَانِ قَوۡمِهِۦ لِيُبَيِّنَ لَهُمۡ﴾

« Il n'est pas un messager envoyé par Nous qui n'ait usé de la langue de son peuple pour lui exposer son message. »
(Coran, S.14/V.4)

Ainsi, les règles et critères élaborés par les *ouṣoûlî* pour définir la méthode d'interprétation des termes et des expressions arabes utilisés dans les Textes, s'appliquent aussi bien à l'étude du Droit musulman qu'à celle du droit positif (code civil, code commercial, code pénal etc.) dans un pays comme l'Égypte où la Constitution stipule que « l'Islam est la religion de l'État et la langue arabe est sa langue officielle ». Ces règles et critères analysent différents paramètres linguistiques tels que les termes généraux et les termes restrictifs, le clair et l'ambigu, la valeur des particules grammaticales, la formulation de l'ordre, etc.

Parfois, on entend objecter que certaines lois égyptiennes sont traduites de la langue française (les lois empruntées au code napoléonien). Dans certains cas, leur traduction prête à confusion, de telle sorte que l'on trouve des différences de sens entre le texte arabe et le texte original français. Au problème de savoir s'il convient d'appliquer le sens du texte arabe ou celui de l'original français, notre réponse consiste à dire : il faut suivre le texte arabe, même s'il est différent du texte français, parce que nous sommes dans un pays arabe où la loi doit être publiée en arabe, et parce qu'on ne saurait demander à des personnes arabophones d'appliquer une loi rédigée en français. On peut cependant, dans certains cas, se référer au texte français pour éclaircir une ambiguïté du texte arabe, comme on pourrait se référer à tout autre type d'indice.

Rappelons également que chaque domaine a sa propre terminologie. Il convient donc de respecter cette terminologie et de la comprendre pour appliquer le droit réglementant ce domaine. Dans ce cas, en plus de la connaissance de la langue, il faut maîtriser celle des usages en vigueur dans le domaine en question, pour éviter de confondre le sens terminologique des mots et leur sens courant.

À titre d'exemple, les termes « *ṣalât* » (prière), « *zakât* » (aumône légale), « *ṭalâq* » (divorce), « *'idda* » (délai de viduité), etc. ont des significations bien déterminées en terminologie juridique et religieuse, lesquelles ne correspondent pas forcément à leurs significations linguistiques. C'est pourquoi les *ouṣoûlî* ont établi comme principe que de tels termes présents dans les Textes doivent être compris selon leur sens terminologique. Le juriste emploie les termes selon les conventions en usage dans son domaine ; si aucun sens terminologique particulier n'est attaché à un mot, celui-ci est alors compris dans son sens courant.

RÈGLE UN

LES NIVEAUX DE SIGNIFICATION DU TEXTE

Le texte religieux ou juridique peut se lire sur quatre niveaux de signification : le premier est le niveau littéral ou lexical (*'ibâra*), le deuxième est le niveau sémantique ou implicite (*ichâra*), le troisième est le niveau symbolique ou parabolique (*dalâla*), quant au quatrième, c'est le niveau logique ou contextuel (*iqtiḍâ'*). En cas de contradiction entre un niveau de signification et un autre, la primauté est accordée au niveau le plus immédiat ; par exemple, si le niveau littéral donne un sens différent de celui du niveau sémantique, on adopte le sens littéral, et ainsi de suite.

Cette règle signifie qu'un texte juridique ou religieux peut être plurivoque. Tout d'abord, il renferme un sens littéral ou lexical voire superficiel, véhiculé par ses termes ; ce sens est perçu suite à une première lecture qui ne prend en compte que la valeur dénotative des mots[1]. Une deuxième lecture profonde, interprétative, peut révéler un sens implicite, le sens sémantique. Cette lecture tient compte de la valeur connotative des mots[2]. Ce même texte peut être lu de manière symbolique. Ses termes acquièrent ainsi une dimension parabolique et lui donneront une signification supplémentaire qui n'est pas indiquée par les mots mêmes. Enfin, la logique ou le contexte textuel peuvent aussi influencer, voire diriger, la lecture du texte et conduire le juriste

1. Ce que les mots désignent, ou leur sens premier.
2. C'est-à-dire de leur sens particulier dans une situation ou un contexte donnés.

à en déduire telle ou telle loi qui n'est pas explicite, mais que la logique affirme comme acceptable.

Tous ces niveaux de lecture doivent être considérés comme faisant partie du sens du texte, et être pris en compte dans l'application de la Loi. Ignorer un niveau de signification peut conduire à une mauvaise compréhension des Textes. Les *ou<u>s</u>oûlî* considèrent qu'il convient d'appliquer aussi bien la lettre que l'esprit d'un texte, tout en sachant que tous les niveaux de signification ne sont pas égaux et en donnant la primauté au niveau le plus littéral en cas de contradiction.

Les exemples ci-dessous permettront d'illustrer les quatre niveaux de lecture des Textes :

Le niveau lexical ou explicite (*'ibâra*)

Le sens lexical d'un texte est le sens exprimé à travers la signification première de ses termes, et qui est saisi clairement dès la première lecture. C'est ce que l'on appelle le sens littéral. Ce niveau de signification est donc celui directement exprimé par la formulation même du texte ; il peut toutefois comprendre deux ou plusieurs informations, c'est-à-dire que la signification principale peut être accompagnée d'une ou plusieurs significations secondaires.

Les exemples de textes se lisant à ce niveau de signification sont innombrables, puisque c'est le propre même de tout texte juridique que de posséder un sens littéral exprimant clairement son objet. À ce premier niveau de signification il peut s'en ajouter un ou plusieurs autres, un sens implicite, symbolique ou contextuel, comme il peut ne pas y en avoir. Nul besoin donc d'illustrer par des exemples le niveau explicite de signification ; nous nous contenterons de montrer la différence entre signification principale et signification secondaire.

À titre d'exemple, voici une lecture littérale des deux versets suivants :

﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰا۟﴾

« *Dieu a permis la vente et interdit l'usure.* »
(Coran, S.2/V.275)

Ce verset contient deux messages explicites : le premier dit que la vente est une transaction différente de l'usure, le deuxième stipule que vendre est un acte licite alors que pratiquer l'usure est un acte illicite. Le premier message est le principal parce que le verset a été révélé pour répondre à ceux qui prétendaient que l'usure était pareille à la vente, le deuxième est secondaire parce qu'il explique pourquoi la vente diffère de l'usure. En fait, le verset aurait pu affirmer simplement : la vente est différente de l'usure.

﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَىٰ فَانْكِحُوا
مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَىٰ وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ ۖ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً ﴾

« Si vous craignez de ne pas être justes envers les orphelins, épousez, parmi les femmes qui vous plaisent, deux, trois ou quatre femmes. Mais, si vous craignez d'être partiaux, alors n'en épousez qu'une seule. »

(Coran, S.4/V.3)

Une lecture littérale du verset révèle trois messages ; le premier informe que la polygamie est permise, le deuxième limite le nombre des co-épouses à quatre et le dernier impose de se satisfaire d'une seule épouse si l'on craint de ne pas être équitable. Chacun des trois messages est issu du sens littéral du texte, toutefois le deuxième et le troisième sont essentiels, alors que le premier est secondaire ou plutôt complémentaire. En effet, ce verset fut révélé pour répondre aux questions des Musulmans qui ne voulaient pas se marier avec des veuves, craignant de ne pas être justes avec les enfants que ces dernières avaient eus de leurs défunts maris. Dieu leur dit dans ce verset : de la même manière que vous craignez d'être inéquitables envers les orphelins en vous mariant avec leurs mères, craignez aussi d'être inéquitables envers vos femmes si vous en avez épousé plusieurs. Pour les aider à être plus justes avec leurs épouses, Dieu commence tout d'abord par limiter le nombre maximum[1] d'épouses

1. Rappelons que la polygamie n'était pas du tout réglementée ni limitée dans la société arabe pré-islamique.

légitimes à quatre. Puis, Il réduit ce nombre à une seule si l'homme craint sérieusement d'être injuste avec l'une de ses épouses. Quant à la permission de la polygamie mentionnée en premier lieu, elle constitue un message secondaire qui souligne le caractère licite du mariage. Le message essentiel de ce verset peut être formulé comme suit : puisque vous craignez d'être injustes avec les orphelins, craignez aussi d'être injustes avec vos épouses et limitez-vous à quatre épouses légitimes ; puis sachez que si vous craignez toujours d'être inéquitables dans vos relations avec vos épouses, vous devez vous satisfaire d'une seule.

Le niveau sémantique ou implicite (*ichâra*)

Ce niveau est atteint suite à une lecture approfondie du texte qui va au-delà de la valeur dénotative des mots et qui explore leurs différentes connotations, c'est donc une lecture qui sonde leur sens profond. Parfois, le niveau lexical mène de lui-même le lecteur au niveau sémantique. Mais, souvent, il est nécessaire d'effectuer un effort de réflexion pour saisir le message implicite du texte. Donnons quelques exemples :

Exemple 1. Ce verset :

﴿ وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ ﴾

> « *Et au père de l'enfant, il incombera de pourvoir à la nourriture et à l'habillement de la mère, de la manière reconnue convenable.* »
>
> (Coran, S.2/V.233)

Le message explicite de ce verset stipule que le père doit subvenir aux besoins matériels de la mère de son enfant. Quant au message implicite — autrement dit l'interprétation de ce verset —, il indique que c'est au père et à lui seul qu'incombent les dépenses de toutes sortes de l'enfant parce que celui-ci porte son nom et lui appartient, et parce que le père a des droits sur son enfant et même sur les biens de son enfant. Cette interprétation, implicite dans le texte, est basée sur la syntaxe de la phrase arabe, notamment sur l'emploi du pronom

possessif « *lahou* » (à lui) dans l'expression « *'alâ al-maouloûdi lahou* », traduite ici par « au père de l'enfant ». Elle est également confirmée par la parole du Prophète (ﷺ) : « Tes biens et ta personne appartiennent à ton père »[1]. C'est en explorant les valeurs connotatives des usages grammaticaux arabes que ce message implicite a pu être dégagé et qu'a été atteint le sens profond de ce texte.

Exemple 2. Dieu dit dans les versets concernant le partage du *fay'* — les biens prélevés pacifiquement sur les non-Musulmans sous forme de garanties d'un pacte de paix ou sous forme d'impôts —, que parmi les ayants-droit à une part de ces biens figurent les Émigrés de La Mecque :

﴿لِلْفُقَرَاءِ الْمُهَاجِرِينَ الَّذِينَ أُخْرِجُوا مِن دِيَارِهِمْ وَأَمْوَالِهِمْ يَبْتَغُونَ فَضْلًا مِّنَ اللَّهِ وَرِضْوَانًا﴾

« Al-fay' revient aussi aux Émigrés pauvres, ceux qui furent expulsés de leurs foyers et dépouillés de leurs biens, tandis qu'ils recherchaient la grâce et l'amour de Dieu. »
(Coran, S.59/V.8)

Littéralement, ce verset stipule que les Émigrés pauvres doivent recevoir en donation une part des biens acquis par les Musulmans ou par l'autorité les représentant. Mais l'interprétation de ce verset, au niveau sémantique et implicite, désigne les Émigrés pauvres comme les *mouhâjiroûn*[2] qui devinrent pauvres en quittant La Mecque et y laissant tous leurs biens. C'est en se référant aux connotations du mot arabe « *fouqarâ'* », traduit par « pauvres » (dépossession, perte de richesse...) que l'on est arrivé à cette interprétation.

Exemple 3. Parlant des Musulmans qui contestaient les décisions du Prophète (ﷺ), Dieu lui ordonne dans le verset suivant :

1. Réponse à la question d'un Musulman qui voulait savoir si son père avait des droits sur ses biens.
2. Ce sont les premiers Musulmans originaires de La Mecque qui furent contraints, par les polythéistes, à quitter la cité et à renoncer à leurs biens et richesses laissés derrière eux, et qui trouvèrent refuge à Médine.

﴿ وَٱسْتَغْفِرْ لَهُمْ وَشَاوِرْهُمْ فِى ٱلْأَمْرِ ﴾

« *Pardonne-leur donc, implore pour eux le pardon de Dieu et consulte-les sur toute affaire.* »

(Coran, S.3/V.159)

On comprend de ce texte, au sens implicite, que le gouvernant musulman doit avoir une instance consultative, représentant le peuple, qui l'assiste pour prendre des décisions d'intérêt public. En effet, l'application de l'ordre de consulter les Musulmans, contenu dans ce verset, nécessite une telle représentation.

Exemple 4. Dieu dit :

﴿ وَمَآ أَرْسَلْنَا مِن قَبْلِكَ إِلَّا رِجَالًا نُّوحِىٓ إِلَيْهِمْ ۚ فَسْـَٔلُوٓا۟ أَهْلَ ٱلذِّكْرِ إِن كُنتُمْ لَا تَعْلَمُونَ ﴿٤٣﴾ ﴾

« *Nous n'avons envoyé avant toi que des hommes à qui Nous avons révélé Notre message. Interrogez donc ceux qui possèdent le Rappel, si vous ne savez pas.* »

(Coran, S.16/V.43)

Cela implique l'obligation que la Communauté comprenne des gens instruits constituant une référence et une autorité.

Les exemples ci-dessus sont tirés des Textes religieux, ici du Coran ; ceux qui vont suivre proviennent du Droit positif, à savoir du code pénal, du code civil et du statut personnel égyptiens.

Exemple 5. Code pénal, article 274. La femme mariée qui a commis l'adultère doit purger une peine d'emprisonnement qui ne dépasse pas deux ans. Son mari peut demander l'annulation de la peine s'il accepte de continuer à vivre avec elle.

Littéralement, cet article stipule que la femme accusée d'adultère est punie par la prison et que son mari a le pouvoir d'arrêter l'exécution de sa peine. Son sens implicite est que la loi égyptienne considère l'adultère non comme un crime contre la société, mais comme un crime contre l'époux. C'est pourquoi ce dernier a le

pouvoir de modifier la peine de sa femme, voire de l'annuler. Si l'adultère était considéré comme un crime contre la société à l'instar du vol, personne n'aurait le droit d'annuler la peine correspondante.

Exemple 6. Code civil abrogé, article 155. Les descendants et leurs conjoints doivent subvenir aux besoins de leurs ascendants et des conjoints de ces derniers.

article 156. Les ascendants doivent également subvenir aux besoins de leurs descendants et des conjoints de ces derniers. Les conjoints sont responsables de pourvoir à leurs besoins mutuels.

article 157. Le montant des pensions versées aux personnes prises en charge est déterminé selon les besoins de ces dernières et selon les moyens financiers de la personne qui les prend en charge. Dans tous les cas, ce montant est payable à l'avance au début de chaque mois.

Textuellement, ces articles concernent les charges financières qui incombent aux différents membres de la famille. Leur portée personnelle nous conduit à penser que leur application est du ressort des tribunaux matrimoniaux. Ce sens est implicite puisqu'il s'agit de lois régissant le statut personnel.

Les textes du droit positif se lisent ainsi souvent à deux niveaux, ce qui conduit les juristes à dire : le texte de la Loi dit explicitement ceci, et il implique cela. Ils font ainsi la distinction entre le niveau lexical et le niveau sémantique de la signification du texte de loi.

Remarquons toutefois que rechercher le sens profond d'un texte de loi ne signifie absolument pas qu'il soit possible de l'interpréter comme bon nous semble. Aucune des interprétations formulées ne peut concéder aux Textes un sens qui leur est extérieur ou étranger. Ainsi, il est impératif de rester attachés, dans les différentes interprétations proposées, aux dénotations et connotations notoires des termes.

Le niveau symbolique ou parabolique (*dalâla*)

Le lecteur va au-delà du contenu du texte. Il saisit l'esprit du texte et s'en inspire pour juger des cas juridiques similaires à celui décrit dans le texte. Si le texte contient des images et des métaphores, le lecteur les décode afin de comprendre le discours du Législateur dans toutes ses dimensions. Ainsi, si l'on est confronté à un cas équivalent

à celui mentionné par le texte, où la raison d'être du jugement est présente, et pour lequel l'application du jugement peut même paraître prioritaire par rapport au cas évoqué par le texte, le jugement exprimé par le texte est étendu au nouveau cas. L'analogie ainsi établie a un fondement purement linguistique et ne nécessite pas d'avoir recours aux règles juridiques de l'*ijtihâd* et du *qiyâs*. Prenons comme exemples les versets coraniques et les articles des codes civil et pénal égyptiens suivants :

Dieu a dit à propos des parents : « *falâ taqoul lahoumâ ouffin* » qui s'écrit :

﴿فَلَا تَقُل لَّهُمَآ أُفٍّ﴾

« *Alors ne leur dis point : fi (ouff).* »
(Coran, S.17/V.23)

Littéralement, ce texte interdit aux enfants de dire « *ouff* » à leurs parents, c'est-à-dire de prononcer le moindre mot de dédain envers eux. La raison d'être de cette interdiction est qu'une telle expression les blesserait et leur causerait de la peine. Or, d'autres actes pourraient causer aux parents des préjudices et des souffrances plus graves, comme se montrer las d'eux, les frapper ou les injurier. Il apparaît donc de toute évidence que l'interdiction de dire « *ouff* » comprend également celle de frapper ou d'injurier ses parents. Le mot « *ouff* » a par conséquent une signification symbolique, dépassant sa signification lexicale. L'emploi de ce mot est un procédé linguistique qui sous-entend que, s'il est interdit de dire « *ouff* » à ses parents, il est à plus forte raison interdit de leur causer un plus grand tort.

Un autre exemple est la Parole de Dieu : « *inna al-ladhîna ya'kouloûna amwâla al-yatâmâ dhoulman innamâ ya'kouloûna fî bouṭoûnihim nâran* » :

﴿إِنَّ ٱلَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَٰلَ ٱلْيَتَٰمَىٰ ظُلْمًا إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِى بُطُونِهِمْ نَارًا﴾

« *Ceux qui injustement dévorent les biens des orphelins*

ne font que dévorer du feu dans leurs entrailles. »
(Coran, S.4/V.10)

Le terme clé de ce verset est « *ya'kouloûna* » traduit par « dévorent ». Il a une signification littérale ou première qui est « s'approprier », « prendre possession » ou « dépenser ». Selon cette signification, le verset interdit aux Musulmans de s'approprier injustement les biens appartenant aux orphelins sous leur tutelle. Toutefois, par extension, ce terme s'applique aussi au fait de brûler, dilapider, ou endommager un bien de quelque manière que ce soit : dans tous les cas, il exprime l'idée de porter atteinte aux droits de mineurs incapables de se défendre. De même l'interdiction s'adressant explicitement aux tuteurs des orphelins, s'applique aussi par extension aux autres personnes. Ainsi, lu au niveau littéral, le verset interdit de s'approprier les biens des orphelins, et lu à un niveau symbolique, il interdit de les brûler ou de les dilapider, et de commettre tout acte portant atteinte, de quelque manière que ce soit, aux biens appartenant aux orphelins mineurs et sans défense.

Par conséquent, il y a un dit et un non dit dans ce texte ; le non dit est implicite dans le dit et se comprend à partir du texte, grâce à la seule connaissance de la langue. Précisons que l'extension de sens est ici fondée sur l'évidence, et diffère ainsi de l'analogie juridique (*qiyâs*) qui ne peut être établie grâce au seul sens linguistique du texte mais met en œuvre l'application de règles juridiques, celles présentées dans la première partie de cette étude sous le titre « Raisonnement analogique » (ces règles déterminent la démarche à suivre pour comparer deux faits, préciser leurs points de ressemblance et leur appliquer la même loi).

Voici un exemple tiré du code civil abrogé égyptien, article 370 : « Le locataire n'est pas tenu de faire des travaux, quelle que soit leur nature, dans le local loué, sauf si le contrat stipule le contraire ». L'expression clé de cet article est « des travaux, quelle que soit leur nature » (*'amali ayyi maramattin kânat*). Ceci constitue une expression générique qui englobe des travaux comme réparer une porte, boucher des trous dans les murs, changer les équipements sanitaires etc. Mais cela s'applique aussi, à plus forte raison, à la construction d'une chambre, même si le texte ne le dit pas explicitement, puisque des travaux de construction modifieraient le bien loué encore plus que des travaux de réparation.

Voici un exemple tiré du code pénal égyptien, article 274 : « La femme mariée qui a commis l'adultère doit purger une peine d'emprisonnement qui ne dépasse pas deux ans. Son mari peut demander l'annulation de la peine s'il accepte de continuer à vivre avec elle ». Cet article stipule que le mari de la femme adultère peut intervenir pour arrêter l'application de la peine de prison que sa femme encourt pour son méfait. L'expression arabe « *an yaqifa tanfîdh al-ḥoukm* » traduite par « peut demander l'annulation de la peine », signifie aussi dans son esprit l'arrêt de toute poursuite judiciaire à l'encontre de cette épouse si son mari lui pardonne et accepte de continuer à vivre avec elle. En effet, si pouvoir est donné d'annuler une peine prononcée, droit est aussi, à plus forte raison, d'interrompre le processus qui conduit à sa prononciation.

Voici un autre exemple du code pénal, article 237 : « Un mari, qui surprend son épouse en train de commettre l'adultère et qui la tue, n'encourt qu'une peine d'emprisonnement et échappe aux peines mentionnées dans les articles 232 et 234. Par extension, on comprend que si le mari frappe l'épouse ou l'amant au point de les estropier, son acte sera seulement considéré comme un délit et non comme un crime. En effet, les circonstances atténuantes valables pour le meurtre le sont à plus forte raison pour un acte moins grave.

Ce niveau de lecture, c'est-à-dire le niveau symbolique, est également appelé l'analogie évidente (*qiyâs jalî*) parce que l'équivalence entre deux cas ou la priorité d'un cas sur celui mentionné par le texte est évidente et se comprend par la simple compréhension linguistique du texte. On dit aussi que c'est l'esprit ou le sens logique du texte.

Le niveau contextuel (*iqtiḍâ'*)

Au niveau contextuel, le sens du texte n'est pas seulement véhiculé par ses termes mais aussi par son contexte. En effet, la langue arabe permet d'omettre parfois certains mots de la phrase, quand le sens est évident d'après le contexte. La formulation du texte peut ne pas inclure tel ou tel mot qui reste sous-entendu ; il faut toutefois tenir compte de ces mots sous-entendus pour que le texte ait un sens ou s'applique au cas décrit. Prenons comme exemples un *ḥadîth*, un verset du Coran et une clause du contrat d'une fondation pieuse :

— Le Prophète (ﷺ) a dit : « *roufi'a 'an oummatî al-khaṭa' wan-*

nisyân wa-mâ istoukrihoû 'alaihi », soit : « Il ne sera pas tenu compte à ma communauté de l'oubli, de l'erreur ou des actions faites sous la contrainte ». Le sens littéral de ce texte est que les actions commises par oubli, par erreur ou sous la contrainte sont effacées. Cela s'oppose à la logique puisqu'une action accomplie ne peut être effacée. La logique indiquant que c'est la faute, et non l'action elle-même, qui peut être effacée, on lit alors ce *hadîth* de la façon suivante : « Il ne sera pas tenu rigueur à ma communauté pour les péchés qu'elle aura commis par oubli, par erreur ou sous la contrainte ». Le terme arabe ayant pour sens « péché » (*ithm*) n'est pas présent dans le texte, mais son sens s'impose d'après le contexte.

— Dans le verset suivant :

« *hourrimat 'alaikoum oummahâtoukoum wa banâtoukoum* », soit :

﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَٰتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ ﴾

« *Vous sont interdites vos mères, vos filles...* »

(Coran, S.4/V.23)

l'interdiction semble porter sur les personnes mêmes des mères et des filles, mais elle concerne en fait le mariage avec elles. Le terme arabe « *zawâj* », qui signifie mariage, n'est pas mentionné dans le texte arabe, mais cela se comprend du contexte. Il en est de même du verset suivant : « *hourrimat 'alaikoumou al-maitatou wad-damou wa-lahmou al-khinzîri* » :

﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ ٱلْمَيْتَةُ وَٱلدَّمُ وَلَحْمُ ٱلْخِنزِيرِ ﴾

« *Vous sont interdits la bête morte, le sang, la viande de porc...* »

(Coran, S.5/V.3)

D'une lecture littérale du texte, on comprend que les choses mentionnées sont interdites ; mais le contexte indique qu'il est interdit d'en consommer et d'en tirer profit. En effet, l'interdiction ne peut s'appliquer à l'essence même d'une personne ou d'une chose, mais

concerne l'action de la personne responsable en rapport avec cette personne ou cette chose.

— Voici un autre exemple se rapportant à une clause de contrat de fondation pieuse. Souvent l'auteur d'un tel contrat écrit une clause qui stipule : « Je pose les dix conditions suivantes à l'administrateur de la fondation pieuse ». Le contexte implique que ces dix conditions lient également l'auteur du contrat, car celui-ci ne peut imposer ces conditions à quelqu'un d'autre si elles ne le lient pas avant tout lui-même. Le sens littéral du texte permet donc d'établir que ces dix conditions lient l'administrateur de la fondation pieuse, tandis que le sens contextuel permet d'établir qu'elles lient également l'auteur du contrat.

Nous citerons encore cette formule adressée par une personne à une autre possédant un esclave : « Permets-moi de libérer ton esclave en contrepartie de mille dirhams ». On comprend, d'après le contexte, que cette personne va acheter l'esclave à la deuxième, puisqu'elle ne peut l'affranchir qu'après en être devenue propriétaire en l'achetant. Le texte ne fait pas explicitement référence à l'achat, mais celui-ci est sous-entendu.

En bref, nous avons donc démontré dans ce chapitre qu'il existe quatre manières de saisir le message d'un texte. Les Textes sont donc plurivoques ; leurs termes peuvent exprimer un sens explicite (*'ibâra*), un sens implicite (*ichâra*), un sens symbolique (*dalâla*) ou enfin un sens contextuel (*iqtiḍâ'*). Le sens explicite est évident dans la formulation même du texte ; le sens profond et implicite du texte est celui qui est la conséquence inévitable des termes de ce texte ; le sens symbolique émane de l'esprit du texte et s'appuie sur sa logique ; enfin, le sens contextuel tient compte du sous-entendu pour donner tout son sens au message énoncé.

Le niveau explicite de signification prime sur le niveau implicite, car le premier possède un sens évident dans la formulation même du texte, alors que le deuxième montre un sens caché lié au premier. De plus, ces deux niveaux de signification priment sur le niveau symbolique : en effet, le sens explicite et le sens implicite se comprennent à partir de la formulation même du texte, tandis que le sens symbolique se comprend à partir de son esprit et de sa logique. Cette inégalité entre les niveaux de lecture est à prendre en compte pour traiter de la contradiction apparente entre le sens explicite et le sens implicite, et

aussi entre l'un ou l'autre et le sens symbolique.

Voici des exemples de contradiction entre le niveau explicite et le niveau implicite dans les Textes de la charia. Dieu dit :

﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ كُتِبَ عَلَيۡكُمُ ٱلۡقِصَاصُ فِي ٱلۡقَتۡلَىۖ﴾

« *Le talion vous est prescrit en cas de meurtre.* »
(Coran, S.2/V.178)

﴿وَمَن يَقۡتُلۡ مُؤۡمِنٗا
مُّتَعَمِّدٗا فَجَزَآؤُهُۥ جَهَنَّمُ خَٰلِدٗا فِيهَا﴾

« *Quiconque tue volontairement un croyant aura pour prix de son forfait l'Enfer.* »
(Coran, S.4/V.93)

Le premier verset stipule explicitement qu'il faut punir celui qui a tué, alors que le deuxième dit implicitement que celui qui a tué volontairement ne sera pas puni ici-bas, puisqu'il ne mentionne explicitement que le châtiment de l'Enfer. La lecture implicite du deuxième verset suggère que la punition ici-bas n'est pas obligatoire car le meurtrier sera châtié dans l'Au-delà. Il n'y a pas toutefois de contradiction entre le sens explicite de chacun des deux versets, mais bien entre le sens explicite du premier et le sens implicite du second. Donc, comme le sens explicite prévaut sur le sens implicite, le meurtrier doit être puni.

Il existe deux *ḥadîth* qui semblent déterminer différemment la durée des menstrues. Le Prophète (ﷺ) a dit : « La durée minimale des menstrues est de trois jours, alors que la durée maximale est de dix jours » ; et il dit pour expliquer la « déficience » en religion chez les femmes : « Elles ne prient pas pendant la moitié de leur vie ». Si le premier *ḥadîth* stipule littéralement que les règles durent entre trois et dix jours, le second indique implicitement que la durée maximale des règles est de quinze jours, c'est-à-dire la moitié d'un mois, puisque le texte dit que les femmes ne prient pas pendant la moitié de leur vie. Cependant, puisque la contradiction se situe entre la lecture littérale du premier texte et la lecture implicite du second, la lecture littérale

prévaut et on estime que la durée maximale des règles est de dix jours.

Enfin, prenons un exemple de contradiction entre le niveau de lecture implicite et symbolique. Dieu dit :

﴿وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَـًٔا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ﴾

« *Quiconque tue un croyant par erreur, doit affranchir un esclave croyant.* »

(Coran, S.4/V.92)

On peut comprendre du sens symbolique de ce texte que celui qui tue volontairement un croyant doit aussi affranchir un esclave croyant, étant donné que celui qui tue par erreur expie son crime de cette façon ; puisqu'affranchir un esclave est, pour celui qui a tué, l'expiation de son péché, celui qui a commis un homicide volontaire doit à plus forte raison expier aussi son péché. Cependant, dans un autre verset, Dieu dit :

﴿وَمَن يَقْتُلْ مُؤْمِنًا
مُّتَعَمِّدًا فَجَزَآؤُهُۥ جَهَنَّمُ خَـٰلِدًا فِيهَا﴾

« *Quiconque tue volontairement un croyant aura pour prix de son forfait l'Enfer.* »

(Coran, S.4/V.93)

On saisit de cela, au niveau implicite, qu'il n'a pas à affranchir un esclave, puisque le verset indique clairement que son péché ne peut être expié ici-bas mais que son sort sera l'Enfer et pas autre chose. Étant donné que, lorsqu'il y a contradiction, le sens implicite prévaut sur le sens symbolique, alors celui qui a commis un homicide volontaire n'expie pas son crime en affranchissant un esclave.

RÈGLE DEUX

LE CAS CONTRAIRE

Ce qu'affirme un texte religieux ne peut servir à prouver la signification inverse.

Quand un texte définit le statut d'un acte précis ou détermine le jugement applicable à une situation donnée, doit-on en comprendre que l'acte ou la situation inverse doit obligatoirement être soumis à un jugement opposé à celui mentionné dans le texte ? La réponse est forcément non. On ne doit pas déduire des jugements par opposition à ceux énoncés par les Textes, car cela n'a pas été fait en suivant un des quatre niveaux de lecture évoqués plus haut. Pour établir que les jugements concernant deux cas s'opposent, il faut nécessairement s'appuyer sur une des sources du Droit musulman (Coran, sunna, *ijtihâd*, *qiyâs*, etc.), une des indications possibles étant que ce qui n'est pas expressément interdit est permis.

Pour illustrer cette règle, considérons le verset suivant :

﴿ قُل لَّآ أَجِدُ فِي مَآ أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا عَلَىٰ طَاعِمٍ يَطْعَمُهُۥٓ إِلَّآ أَن يَكُونَ مَيْتَةً أَوْ دَمًا مَّسْفُوحًا ﴾

« *Dis : je ne trouve rien, en ce que Dieu m'a révélé, dont il soit interdit de se nourrir, à part la bête morte, le sang répandu.* »

(Coran, S.6/V.145)

Le texte est clair quant à l'interdiction du sang répandu. Peut-on déduire de cela qu'il est permis de consommer le sang non répandu ? Non, certainement pas. Il faut se référer à un texte pour interdire ou permettre quelque chose. Dans le cas présent, il faut se rapporter à la parole du Prophète (ﷺ) : « Vous sont permis deux types de bêtes mortes, les poissons et les criquets, et deux types de sang, celui contenu dans le foie et dans la rate ».

Un deuxième verset dit :

﴿وَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلًا أَن يَنكِحَ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ فَمِن مَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُم مِّن فَتَيَاتِكُمُ الْمُؤْمِنَاتِ﴾

« Pour celui d'entre vous qui n'a pas les moyens d'épouser des femmes de condition libre et qui ont la foi, il pourra chercher des épouses parmi vos esclaves croyantes. »

(Coran, S.4/V.25)

Littéralement le texte énonce que celui qui ne peut pas se marier avec une femme libre a le droit de prendre pour épouse une femme esclave. Qu'en est-il maintenant de celui qui peut sans difficulté se marier avec une femme libre ? Le verset n'en parle pas. Le verset ne spécifie pas non plus si l'on peut se marier avec une esclave non croyante.

Pour bien comprendre cette règle, celle du cas contraire, il faut tout d'abord déterminer en quoi consiste la contradiction. On reconnaît cinq types de contradiction, suivant la manière dont est déterminé le cas décrit dans le texte :

1. La détermination par la spécification (*al-waṣf*) : On peut l'illustrer par le verset qui cite les femmes avec lesquelles un croyant ne peut contracter de mariage :

﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ ... وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ﴾

« *Vous sont interdites... les femmes de vos fils, issus de vos reins.* »

(Coran, S.4/V.23)

On se demande alors si l'on peut se marier avec les ex-femmes de ses fils qui ne sont pas « issus de ses reins » comme le fils de lait ? Prenons encore comme exemple le *ḥadîth* suivant : « On doit payer la *zakât* sur les bêtes élevées dans les pâturages » ; doit-on aussi la payer pour les bêtes élevées à l'étable ? Enfin citons le *ḥadîth* qui dit : « Celui qui vend un palmier dont il a fait la pollinisation, a le droit de récupérer les fruits qu'il donnera ».

2. La fixation du terme (*al-ghâya*) : On peut l'illustrer par le verset qui exige qu'une femme divorcée se soit d'abord remariée avec un autre homme que son ex-mari, puis avoir divorcé, avant de pouvoir à nouveau épouser son premier mari :

﴿ فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥ ﴾

« *S'il divorce d'avec elle, elle lui deviendra interdite tant qu'elle n'aura pas été mariée avec un autre.* »

(Coran, S.2/V.230)

Le cas contraire est que l'interdiction du remariage d'un homme avec son ex-épouse est levée à partir du moment où cette dernière a été mariée avec un autre. Ou encore, dans le verset qui dit :

﴿ وَكُلُوا۟ وَٱشْرَبُوا۟ حَتَّىٰ يَتَبَيَّنَ لَكُمُ
ٱلْخَيْطُ ٱلْأَبْيَضُ مِنَ ٱلْخَيْطِ ٱلْأَسْوَدِ مِنَ ٱلْفَجْرِ ﴾

« *Mangez et buvez à discrétion jusqu'à ce que vous distinguiez, dans l'aube naissante, un fil noir d'un fil blanc.* »

(Coran, S.2/V.187)

Le cas contraire est que la permission de manger et de boire se termine avec l'arrivée de l'aube.

3. La détermination par la condition (*ach-charṭ*) : On peut l'illustrer par le verset qui énonce les droits de la femme répudiée :

﴿ وَإِن كُنَّ أُولَٰتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾

« *Si elles sont enceintes, les époux pourvoiront à leur subsistance jusqu'à l'accouchement.* »

(Coran, S.65/V.6)

La question qui se pose est la suivante : qu'en est-il si elles ne sont pas enceintes ? Puis par le verset qui définit les droits du mari sur les biens offerts à son épouse comme dot :

﴿ فَإِن طِبْنَ لَكُمْ عَن شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَّرِيئًا ﴿٤﴾ ﴾

« *Si elles vous en cèdent gracieusement une part, vous pouvez en jouir en toute quiétude.* »

(Coran, S.4/V.4)

Et qu'en est-il si elles ne sont pas disposées à céder à leur mari une partie de leur dot ?

4. La détermination par la quantité (*al-'adad*) : On peut l'illustrer par le verset :

﴿ وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً ﴾

« *Ceux qui portent des accusations infamantes contre les femmes honnêtes sans pouvoir produire quatre témoins sont passibles de quatre-vingts coups de fouet.* »

(Coran, S.24/V.4)

Peut-on leur en donner plus ou moins ? Ou par le verset qui mentionne l'offrande :

﴿ فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ ﴾

« *Faute de ne pouvoir le faire, il le compensera par un jeûne de trois jours.* »
(Coran, S.2/V.196)

Peut-il jeûner plus ou moins de trois jours ?

5. La détermination par la dénomination (*al-laqab*) : On peut l'illustrer par le verset parlant du Prophète (ﷺ) :

﴿مُّحَمَّدٌ رَّسُولُ ٱللَّهِ﴾

« *Mohammad est le Messager de Dieu.* »
(Coran, S.48/V.29)

D'autres le sont-ils aussi ? Par le *hadîth* : « Vous devez payer l'aumône sur vos récoltes de blé » : les autres grains peuvent-ils être donnés en aumône ? Enfin, le verset qui dit :

﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَٰتُكُمْ﴾

« *Vous sont interdites vos mères.* »
(Coran, S.4/V.23)

Faut-il en comprendre que toute autre femme n'est pas interdite ?

Dans certains cas, les spécialistes des fondements du Droit musulman sont d'accord soit pour prendre en compte, soit pour ne pas prendre en compte le cas contraire. Ils ont des avis différents dans d'autres cas.

1. Les *ousoûlî* s'accordent à considérer que la dénomination précisée dans un texte n'a pas d'incidence sur le cas contraire. Ainsi, quand le texte mentionne le nom particulier d'une personne ou de quelque chose, cela ne veut pas dire que le jugement qui suit leur est exclusif. Prenons les *hadîth* suivants :

— « Vous devez payer l'aumône sur vos récoltes de blé ». Le blé est spécifié comme la céréale sur laquelle est prélevée une aumône, mais cela ne veut pas du tout dire que le prélèvement de l'aumône

est exclusif à la récolte du blé, on peut également le faire sur la récolte de l'orge, du maïs et des autres céréales.

— « Payez la *zakât* sur vos troupeaux de brebis ». Certes, ici les brebis sont citées, mais cela ne signifie pas que ce sont les seuls animaux sur lesquels est prélevée la *zakât*. En effet, elle est aussi payée sur les troupeaux de chèvres, de chameaux et de bovins.

Ainsi, les *ou*s̲*oûlî* s'accordent sur le fait que mentionner le nom spécifiant quelqu'un ou quelque chose n'implique pas limiter le jugement qui en découle à cette personne ou à cette chose.

Cette règle est valable pour les Textes du Droit islamique comme pour ceux du Droit positif. Lorsque Dieu qualifie Moh̲ammad (ﷺ) de « Messager de Dieu », Il ne limite pas la prophétie à lui seul. Nous savons qu'avant lui, il y a eu d'autres messagers qui ne portaient pas le nom de Moh̲ammad. De même, lorsque la loi islamique sur l'héritage stipule que les dettes contractées par la personne décédée doivent être prélevées sur son héritage, elle n'exclut pas que l'on prélève aussi, sur l'héritage, les frais des funérailles et la valeur des biens légués par testament. De plus, lorsqu'on lit dans le Droit des affaires que la vente est un acte de transfert de propriété, cela ne veut en aucune manière suggérer que c'est là le seul moyen de transférer une propriété, ou que vendre ses droits sur la fortune de quelqu'un encore en vie engendre un transfert de ces droits. Ach-Chawkânî dit à ce propos : « Aucune justification, ni linguistique, ni logique, ni religieuse, ne permet de considérer que la chose non nommée doive obligatoirement avoir un statut opposé à celui de la chose nommée. Le dictionnaire "Lisân al-'arab" précise que dire « J'ai vu Zayd » ne signifie pas automatiquement « Je n'ai vu que Zayd ». Lorsqu'un indice montre qu'un jugement s'applique à un cas précis, ce n'est pas un indice d'autre chose. »

2. Les *ou*s̲*oûlî* s'accordent à prennent en considération le cas contraire à celui mentionné dans un texte, si ce dernier comprend une description détaillée de la personne ou de la chose, lorsqu'il pose des conditions, fixe une quantité ou un terme, et ce, pour les textes du Droit positif, pour les engagements pris par les personnes et les contrats conclus entre elles, ou encore pour les expressions et termes employés par les juristes. Citons à titre d'exemple ces clauses extraites de certains actes instituant une fondation pieuse (*waqf*) :

— l'auteur de l'acte peut stipuler : « Le quart de cette fondation pieuse reviendra, après mon décès, à mes proches parents pauvres ». Puisqu'il spécifie que les bénéficiaires doivent être des membres de sa famille, de surcroît pauvres, on en déduit que ses parents riches n'auront pas droit aux bénéfices de cette fondation.

— l'auteur peut également stipuler : « Un huitième des bénéfices de ma fondation pieuse reviendra, après mon décès, à ma veuve tant qu'elle ne se remariera pas ». On en déduit que, si sa veuve se remarie, elle perd ses droits sur le huitième des bénéfices de la fondation pieuse laissée par son défunt époux.

Ainsi, lorsque dans n'importe quel contrat, acte ou engagement, on décrit l'objet du contrat, fixe des conditions ou un terme à son application, détermine une quantité, cela doit être respecté à la lettre. Dans un cas contraire à celui ainsi défini, le contrat ou l'acte est soit invalide, soit vicié. Ceci concerne, comme nous l'avons dit, les textes du Droit positif et des contrats établis par les personnes.

3. Le cas faisant l'objet d'un désaccord parmi les *ou<u>s</u>oûlî* est celui de la portée du texte religieux qui décrit un objet, une personne ou un acte, fixe des conditions ou un terme à l'application d'une prescription ou spécifie une quantité. La majorité des *ou<u>s</u>oûlî* considèrent que lorsqu'un texte religieux énonce une prescription concernant un cas, et définit ce cas par une description précise, des conditions, un terme ou une indication de quantité, ce texte indique à la fois que la prescription en question s'applique au cas décrit, et qu'elle ne s'applique pas dans les cas ne correspondant pas à la définition donnée. Le jugement énoncé dans le texte est appelé « la teneur » du texte, alors que le jugement contraire sous-entendu est qualifié de « cas contraire ». Par exemple, quand le verset coranique parle du :

﴿ دَمًا مَّسْفُوحًا ﴾

« *sang répandu* »

(Coran, S.6./V.145)

cela implique que le sang répandu est interdit à la consommation alors que le sang non répandu ne l'est pas.

Par contre, les *ou<u>s</u>oûlî* hanafites considèrent que lorsqu'un texte

religieux énonce une prescription concernant un cas, et définit ce cas par une description précise, fixe des conditions ou un terme ou mentionne une quantité, ce texte n'apporte d'indication que sur le cas qu'il définit et ne permet pas d'établir quel jugement s'applique au cas contraire. Ils considèrent que le texte ne se prononce pas sur les cas où les conditions qu'il stipule ne sont pas remplies, et qu'il faut se référer, pour statuer sur ces cas, à une indication juridique provenant d'une des sources du Droit musulman, par exemple à la règle selon laquelle les choses sont normalement licites.

L'avis de la majorité des *ou<u>s</u>oûlî*, prenant en compte le cas contraire dans l'interprétation des Textes religieux, s'appuie principalement sur deux arguments :

a. Les usages de la langue arabe exigent que lorsqu'on exprime un jugement sur quelque chose, et qu'on lie ce jugement à une description précise, à des conditions, à un terme ou à une indication de quantité, on limite l'application ou la validité du jugement qui s'ensuit à la présence des éléments énumérés ci-dessus. Leur absence implique de fait le contraire. Prenons ce dicton arabe : « Un riche qui repousse sans cesse la date du remboursement de sa dette est un homme injuste ». En effet, il n'a pas de raison pour agir ainsi. La logique nous impose de dire qu'un pauvre qui repousse sans cesse le remboursement de sa dette (faute de moyens) n'est pas un homme injuste. De même, si l'on dit : « Offre un cadeau à ton enfant parce qu'il réussit », cela implique que s'il n'a pas réussi, on ne lui en offre pas.

C'est sur cette logique de la langue arabe que 'Omar fondait son interprétation du verset concernant le raccourcissement des prières lorsqu'on est en voyage :

﴿ وَإِذَا ضَرَبْتُمْ فِي ٱلْأَرْضِ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَن تَقْصُرُوا۟ مِنَ ٱلصَّلَوٰةِ إِنْ خِفْتُمْ أَن يَفْتِنَكُمُ ٱلَّذِينَ كَفَرُوٓا۟ ﴾

« Lorsque vous êtes en campagne, il vous est permis d'écourter la prière, si vous craignez une attaque à l'improviste des infidèles. »

(Coran, S.4/V.101)

Comme ce verset lie la permission d'écourter la prière à la crainte d'une attaque de l'ennemi, 'Omar s'est étonné en voyant le Prophète (ﷺ) et les croyants écourter leur prière en voyage en temps de paix. Il demanda au Prophète (ﷺ) : « Pourquoi écourter les prières alors que nous ne craignons rien ? » Celui-ci lui répondit : « C'est un bienfait de Dieu accordé aux croyants. Acceptez-le donc ». Remarquons que le Prophète (ﷺ) n'a pas contredit l'interprétation de 'Omar (qui pensait que la permission liée à la crainte d'une attaque ne s'appliquait pas au cas contraire), mais lui a seulement expliqué que Dieu désire faciliter aux croyants l'accomplissement de leurs devoirs, à tout moment, que ce soit en temps de guerre ou en temps de paix.

b. Rien n'est énoncé sans raison dans les Textes. Chaque mot et chaque détail a son importance. Si le Législateur pose une condition, fixe une quantité ou un terme, Il le fait dans un but précis : l'interprétation la plus évidente est que ce but est de faire comprendre qu'en dehors de la condition, de la quantité ou du terme indiqué, le jugement qui s'ensuit est automatiquement changé ou invalidé. Il n'y a pas de différence en cela entre un texte religieux et un texte profane, sauf si une indication donne à penser que la description du cas faite dans le texte ne vise pas à définir ce cas de façon restrictive, mais a un autre but comme l'insistance ou l'évocation du cas le plus fréquent.

Le point de vue des *ouṣoûlî* hanafites, qui rejette la prise en compte du cas contraire dans les Textes religieux, s'appuie principalement, quant à lui, sur les deux arguments suivants :

a. L'usage de la langue arabe ne veut pas nécessairement, lorsqu'un jugement est lié à la présence d'une condition ou d'une quantité ou lorsqu'un terme est fixé à son application, que l'absence de cet élément de définition implique la non-application du jugement. Souvent, les conditions posées dans l'énoncé d'un texte sont comprises de différentes façons. Considérons par exemple le dicton arabe qui dit : « Quand quelqu'un te demande un service de bon matin, rends-le-lui ». Imaginons que l'on pose la question suivante : « Et si l'on nous demande de rendre un service le soir ? » La réponse est évidemment affirmative, on peut rendre un service si l'on en est capable, que ce soit le matin ou le soir. Puisque la mention d'une condition ou d'un élément de définition n'implique pas nécessairement la non-application du jugement lorsque la condition est absente, le texte

religieux ne peut servir d'argument en pareil cas. En effet, tirer un jugement d'un texte source nécessite beaucoup de précaution et de compétence, et on ne peut le faire en se basant sur des suppositions.

b. Il est fréquent que des Textes contiennent des jugements soumis à des conditions, mais que ces jugements restent valables même en l'absence de ces conditions. Par exemple :

— Écourter la prière durant le voyage. Cela est permis lorsqu'on craint une attaque surprise de la part d'ennemis :

﴿إِنْ خِفْتُمْ أَنْ يَفْتِنَكُمُ الَّذِينَ كَفَرُوا﴾

« *Si vous craignez une attaque à l'improviste des infidèles.* »

(Coran, S.4/V.101)

Mais cela est aussi permis en temps de paix.

— Il est interdit au beau-père d'épouser sa belle-fille quand il l'a élevée :

﴿وَرَبَائِبُكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ﴾

« *Vos belles-filles qui sont sous votre tutelle.* »

(Coran, S.4/V.23)

Mais il est aussi interdit d'épouser sa belle-fille quand on ne l'a pas élevée.

Il faut donc être prudent lorsqu'un texte est utilisé comme indication pour tel ou tel jugement. D'ailleurs, certains textes accompagnent un jugement de celui du cas contraire ; en témoignent ces deux exemples :

— En parlant des femmes interdites au mariage, le Coran précise entre autres que les belles-filles interdites sont celles nées de femmes avec lesquelles le mariage a été consommé :

﴿مِنْ نِسَائِكُمْ﴾

﴿ ٱلَّٰتِى دَخَلْتُم بِهِنَّ فَإِن لَّمْ تَكُونُوا۟ دَخَلْتُم بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ ﴾

« *Nées de vos femmes avec qui vous avez consommé le mariage. Il n'y a pas cependant d'interdiction pour ces dernières, si le mariage avec la mère n'a pas été consommé.* »

(Coran, S.4/V.23)

— En parlant des relations sexuelles entre époux, le Coran les interdit au moment des menstrues :

﴿ وَلَا تَقْرَبُوهُنَّ حَتَّىٰ يَطْهُرْنَ ۖ فَإِذَا تَطَهَّرْنَ فَأْتُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ أَمَرَكُمُ ٱللَّهُ ۚ ﴾

« *Ne les approchez pas jusqu'à ce qu'elles se soient purifiées ; vous pourrez alors les approcher selon les prescriptions du Seigneur.* »

(Coran, S.2/V.222)

Dans ces deux textes, le Législateur lie une interdiction à un cas, puis précise que l'interdiction ne s'applique pas au cas contraire : or, si cela était évident en soi, Il ne l'aurait pas répété.

La conséquence de ce conflit d'opinion entre la majorité des *ou<u>s</u>oûlî* et les *ou<u>s</u>oûlî* hanafites se manifeste, par exemple, dans l'interprétation de la contradiction apparente entre, d'une part, le verset qui détermine la part d'héritage laissée par le père à ses filles lorsqu'il n'a pas de fils :

﴿ فَإِن كُنَّ نِسَآءً فَوْقَ ٱثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ ﴾

« *S'il n'y a que des filles et qu'elles sont plus de deux, elles auront les deux tiers de ce qu'a laissé le défunt.* »

(Coran, S.4/V.11)

Et d'autre part ce qu'a dit le Prophète (ﷺ) au frère de Sa'd ibn ar-Rabî' : « Donne à ses deux filles les deux tiers, à sa veuve un huitième, et garde pour toi le reste de l'héritage ». La majorité des *ouṣoûlî* voient une contradiction entre le contenu du verset, qui selon eux sous-entend que lorsque le nombre des filles est de un ou deux, elles n'héritent pas des deux tiers, et le contenu du *ḥadîth* qui accorde explicitement aux deux filles les deux tiers de ce qu'a laissé leur père en héritage. Ils donnent la priorité au sens explicite du *ḥadîth* sur le sens implicite du verset. Quant aux *ouṣoûlî* hanafites, ils ne trouvent pas de contradiction entre le verset et le *ḥadîth*, car ils considèrent que ce dernier a tout simplement donné le jugement adéquat pour une situation sur laquelle le texte coranique ne se prononce pas.

Prenons un autre exemple : la contradiction apparente entre la permission d'écourter la prière en voyage :

﴿إِنْ خِفْتُمْ أَنْ يَفْتِنَكُمُ الَّذِينَ كَفَرُوا﴾

« *Si vous craignez une attaque à l'improviste des infidèles.* »

(Coran, S.4/V.101)

Et la pratique du Prophète (ﷺ) qui écourtait la prière en voyage, même lorsqu'il ne craignait pas d'être attaqué par l'ennemi. La majorité des *ouṣoûlî* soutiennent que le *ḥadîth* contredit le sens sous-entendu du verset, à savoir que la permission valable en cas de menace de l'ennemi ne s'applique pas au cas contraire. Mais les *ouṣoûlî* hanafites n'y voient aucune contradiction puisqu'ils ne prennent pas en compte l'implication d'une prescription pour le cas contraire.

En conclusion, la confrontation de ces deux avis nous permet de considérer qu'un texte peut avoir un sens sous-entendu qui nous renseigne sur ce qu'il faut faire dans le cas contraire. Ce sens supposé peut être pris en compte, mais seulement après une étude profonde et exhaustive de la question concernée. Il faut être sûr si les spécifications, les conditions, la quantité ou le terme mentionnés dans le texte le sont dans un but restrictif, ou pour une autre raison, et vérifier que ce sens implicite ne s'oppose pas au sens explicite d'un autre texte.

Par contre, on ne prendra pas en compte le sens implicite

concernant le cas contraire, si une indication permet d'établir (à partir du contexte ou de l'objectif de la législation) que les spécifications ou conditions énoncées dans le texte n'ont pour but que de décrire le cas le plus fréquent, comme dans le verset :

﴿ وَرَبَٰٓئِبُكُمُ ٱلَّٰتِى فِى حُجُورِكُم ﴾

« *Vos belles-filles qui sont sous votre tutelle.* »
(Coran, S.4/V.23)

Ou de produire un effet d'insistance comme dans la parole du Prophète (ﷺ) : « Il n'est pas permis à une femme qui croit en Dieu et au Jour dernier de porter le deuil plus de trois jours, sauf pour son époux. »

D'ailleurs, cette précaution s'applique aussi bien aux Textes religieux qu'à ceux du droit positif. C'est ainsi que la Cour de Cassation égyptienne a jugé, le 30 mai 1935, que la liste des éléments pouvant constituer des preuves, donnée dans l'article 229 du code civil, n'était pas limitative, et ne signifiait donc pas qu'une preuve n'y figurant pas n'était pas valide.

Exemples des éléments de définition contenus dans les Textes religieux et dans ceux du droit positif

— La spécification : Le verset :

﴿ وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَـًٔا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰٓ أَهْلِهِۦٓ ﴾

« *Quiconque tue un croyant par erreur, doit affranchir un esclave croyant et payer le prix du sang à la famille de la victime.* »
(Coran, S.4/V.92)

Code civil égyptien, article 466 : « Lorsque quelqu'un vend un bien dont il n'est pas propriétaire, l'acheteur peut demander l'annulation

de la vente. »

— La condition : Le verset :

﴿فَإِن طِبْنَ لَكُمْ عَن شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيٓـًٔا مَّرِيٓـًٔا ﴿٤﴾﴾

« *Si elles vous en cèdent gracieusement une part, vous pouvez en jouir en toute quiétude.* »

(Coran, S.4/V.4)

Code civil égyptien, article 468 : « Si l'acheteur se voit accorder l'annulation de la vente, et s'il ignorait que le vendeur n'était pas propriétaire de la chose vendue, il peut demander une compensation au vendeur même si celui-ci était de bonne foi. »

— La définition de la quantité : Le verset :

﴿وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ ٱلْمُحْصَنَٰتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا۟ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَآءَ فَٱجْلِدُوهُمْ ثَمَٰنِينَ جَلْدَةً﴾

« *Ceux qui portent des accusations infamantes contre les femmes honnêtes sans pouvoir produire quatre témoins sont passibles de quatre-vingts coups de fouet.* »

(Coran, S.24/V.4)

L'article 76 de la Constitution égyptienne abrogée précise : « La durée du mandat des députés est de cinq ans. »

— La fixation du terme : Le verset :

﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥ﴾

« *S'il divorce d'avec elle, elle lui deviendra interdite tant qu'elle n'aura pas été mariée avec un autre.* »

(Coran, S.2/V.230)

De nombreux textes de loi stipulent : « Cette loi restera en vigueur tant qu'aucun texte ne viendra la modifier. »

Règle trois

La signification manifeste et ses divers degrés

Les textes à signification manifeste (*wâḍiḥ ad-dalâla*) sont ceux dont le sens se comprend à partir de leur formulation même, sans recours à des éléments extérieurs. À l'intérieur de cette catégorie, on reconnaît plusieurs degrés. Lorsque la signification du texte est susceptible d'interprétation, et que le sens véhiculé par ses termes n'est pas celui qui se comprend normalement de l'ensemble de l'énoncé, on parle de signification littérale. Lorsque la signification du texte est susceptible d'interprétation, mais que le sens véhiculé par ses termes est bien celui qui se comprend normalement de l'ensemble de l'énoncé, on parle de signification textuelle. Lorsqu'un texte ne se prête pas à l'interprétation, mais que le jugement qu'il exprime est susceptible d'être abrogé, on parle de signification expliquée. Enfin, lorsqu'un texte ne se prête pas à l'interprétation et que le jugement qu'il exprime n'est pas susceptible d'être abrogé, on parle de signification définitive.

> Chaque fois qu'un texte a une signification manifeste, c'est cette signification manifeste qu'il faut appliquer : toute interprétation de ce qui, dans un tel texte, est susceptible d'interprétation, doit s'appuyer sur une indication juridique.

Cette troisième règle, et la quatrième règle que nous verrons plus loin, visent à définir les notions de signification manifeste et de signification latente des Textes religieux, ainsi que les divers degrés

de clarté ou d'obscurité et les moyens d'accéder à la signification latente des Textes.

La distinction entre textes à signification manifeste et textes à signification latente se base sur la nécessité ou non d'avoir recours à des éléments extérieurs au texte pour saisir le sens de celui-ci. On appelle donc texte à signification manifeste (*wâḍiḥ ad-dalâla*) un texte dont la formulation même permet d'accéder à son sens, sans avoir recours à des éléments extérieurs, tandis qu'un texte dont on ne peut saisir le sens qu'en ayant recours à des éléments extérieurs est un texte à signification latente (*ghayr wâḍiḥ ad-dalâla*).

La classification des différents degrés de signification manifeste se base sur la présence ou l'absence de possibilités d'interprétation du texte. Ainsi, la signification d'un texte dont le sens se comprend à partir de sa formulation même et auquel on ne pourrait pas donner d'autre sens, est plus manifeste que celle d'un texte qui véhicule un sens mais qui est susceptible d'être compris différemment.

Les textes à signification latente, eux, sont classés en fonction de la possibilité ou non de dissiper l'obscurité entourant leur signification. Un texte possédant une signification latente à laquelle on ne peut accéder qu'en ayant recours à sa source, c'est-à-dire au Législateur, est plus obscur qu'un texte ayant une signification latente à laquelle on peut accéder par l'analyse et l'interprétation juridique.

Les spécialistes des fondements du droit musulman distinguent quatre catégories de signification manifeste : ce sont, par ordre croissant d'autorité, la signification littérale, la signification textuelle, la signification expliquée, et la signification définitive. C'est donc la signification définitive qui représente la signification la plus certaine, puis la signification expliquée, la signification textuelle, et enfin la signification littérale. L'utilité de ce classement apparaît en cas de contradiction entre les Textes.

La signification littérale (*aḍh-ḍhâhir*)

Les *ouṣoûlî* appellent signification littérale la signification que l'on saisit à partir des termes mêmes du texte, sans avoir recours à des éléments extérieurs à celui-ci, lorsque cette signification n'est pas celle qui se comprend normalement de l'ensemble de l'énoncé et est susceptible d'interprétation.

Ainsi, la signification littérale de la Parole de Dieu :

﴿ وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰا ﴾

« *Dieu a permis la vente et interdit l'usure.* »
(Coran, S.2/V.275)

est de déclarer licite toute vente et de déclarer illicite toute usure. C'est en effet la signification qui se comprend immédiatement à partir des termes « a permis » et « a interdit », sans recours à aucun élément extérieur ; mais ce n'est pas le sens que l'on comprend normalement de l'ensemble de l'énoncé, car ce verset, comme nous l'avons vu plus haut, se présente comme une réponse à ceux qui considéraient que la vente était pareille à l'usure, et n'a pas pour objet de définir le statut légal de la vente et de l'usure.

De même, dans le verset :

﴿ فَٱنكِحُوا۟ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ مَثْنَىٰ وَثُلَٰثَ وَرُبَٰعَ ۖ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا۟ فَوَٰحِدَةً ﴾

« *Épousez, parmi les femmes qui vous plaisent, deux, trois ou quatre femmes. Mais, si vous craignez d'être partiaux, alors n'en épousez qu'une seule.* »
(Coran, S.4/V.3)

La signification littérale est la permission pour un homme d'épouser les femmes qui lui sont licites, car telle est la signification que l'on comprend immédiatement des termes « *épousez, parmi les femmes qui vous plaisent* » sans avoir recours à aucune autre indication. Ce n'est toutefois pas le sens que l'on comprend normalement de l'ensemble de l'énoncé : comme nous l'avons vu plus haut, la lecture de l'ensemble du texte montre que l'objet du verset est de limiter le nombre d'épouses à quatre ou même une seule.

La signification littérale de la Parole de Dieu :

﴿ وَمَآ ءَاتَىٰكُمُ ٱلرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَمَا نَهَىٰكُمْ عَنْهُ فَٱنتَهُوا۟ ﴾

« *Prenez ce que le Prophète vous donne, et abstenez-vous de ce qu'il vous interdit.* »

(Coran, S.59/V.7)

est l'obligation de respecter tous les ordres et toutes les interdictions provenant du Prophète (ﷺ). C'est la signification qui se comprend immédiatement des termes du verset, mais ce n'est pas le sens qui se dégage de l'ensemble de l'énoncé, car le verset replacé dans son contexte signifie : prenez la part de butin que le Prophète (ﷺ) vous donne lors du partage, et abstenez-vous de ce qu'il vous refuse.

Enfin, la signification littérale de la parole du Prophète (ﷺ) à propos de la mer : « Son eau est pure et ses bêtes mortes sont licites », est la permission de consommer les cadavres d'animaux marins ; mais ce n'est pas le sens qui se dégage normalement de l'ensemble de l'énoncé, puisque le Prophète (ﷺ) répond ici à une question concernant l'eau de mer.

On considère que la signification littérale d'un texte :

— doit être appliquée, tant qu'aucune indication ne prouve que l'on doive appliquer une autre signification que la signification littérale : en effet, on ne doit s'éloigner de la signification littérale des mots que si une indication en montre la nécessité ;

— est susceptible d'interprétation, c'est-à-dire que l'on peut comprendre une autre signification que la signification littérale du texte : l'interprétation peut ainsi amener à donner une application restreinte à un texte dont la signification littérale est générale, qualifier la signification d'un texte dont les termes sont indéfinis, etc.

— est susceptible d'être abrogée, c'est-à-dire que le jugement exprimé par la signification littérale du texte pouvait, à l'époque de la Révélation et de l'élaboration de la charia, être abrogé et remplacé par un autre, dans la mesure où il faisait partie des prescriptions particulières et secondaires pouvant varier selon un critère d'utilité et être abrogées.

La signification textuelle (*an-nas*)

Les *ous*oûlî appellent signification textuelle la signification que l'on saisit à partir des termes mêmes du texte, sans avoir recours à des éléments extérieurs à celui-ci, lorsque cette signification est celle qui se comprend normalement de l'ensemble de l'énoncé et est susceptible d'interprétation.

Ainsi la signification textuelle de la Parole de Dieu :

﴿ وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰا ﴾

« *Dieu a permis la vente et interdit l'usure.* »
(Coran, S.2/V.275)

est de rejeter la comparaison entre la vente et l'usure : c'est en effet le sens qui est véhiculé par les termes du texte et se comprend normalement de l'ensemble de l'énoncé.

La signification textuelle de la Parole de Dieu :

﴿ فَٱنكِحُوا۟ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ مَثْنَىٰ وَثُلَٰثَ وَرُبَٰعَ ﴾

« *Épousez, parmi les femmes qui vous plaisent, deux, trois ou quatre femmes.* »
(Coran, S.4/V.3)

est la limitation à quatre du nombre maximum d'épouses : c'est en effet le sens véhiculé par les termes du texte et qui se dégage de l'ensemble de l'énoncé.

Enfin, la signification textuelle du verset :

﴿ وَمَآ ءَاتَىٰكُمُ ٱلرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَمَا نَهَىٰكُمْ عَنْهُ فَٱنتَهُوا۟ ﴾

« *Prenez ce que le Prophète vous donne, et abstenez-vous de ce qu'il vous interdit.* »
(Coran, S.59/V.7)

est l'obligation d'accepter le partage du butin effectué par le Prophète (ﷺ), donc de prendre ce qu'il donne et de ne pas réclamer ce qu'il ne donne pas : tel est en effet le sens qui se dégage de l'ensemble de

l'énoncé.

Comme pour la signification littérale, on considère que la signification textuelle d'un texte doit être appliquée, qu'un tel texte est susceptible d'interprétation, c'est-à-dire que l'on peut y comprendre une autre signification que sa signification textuelle, et que le jugement émis de cette manière peut être abrogé selon les mêmes règles que pour la signification littérale. C'est pourquoi on a dégagé de la Parole de Dieu :

﴿ فَٱنكِحُوا۟ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ ﴾

« *Épousez, parmi les femmes qui vous plaisent,...* »
(Coran, S.4/V.3)

la permission de se marier et la limitation du nombre d'épouses à quatre ou à une seule.

La signification littérale et la signification textuelle sont toutes deux exprimées par le texte de façon manifeste, c'est-à-dire qu'il n'est pas nécessaire d'avoir recours à un élément extérieur au texte pour saisir ces deux types de signification ; dans un cas comme dans l'autre, la signification manifeste du texte doit être appliquée. Toutefois, les textes exprimant une signification littérale ou une signification textuelle sont aussi susceptibles d'interprétation (*at-ta'wîl*), et l'on peut, si une indication en montre la nécessité, y lire une signification autre que la signification manifeste qu'ils véhiculent.

Le mot arabe *at-ta'wîl* signifie, dans son sens linguistique, montrer l'aboutissement de quelque chose. Dieu dit :

﴿ ذَٰلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا ﴿٥٩﴾ ﴾

« *Cela est un bien et la meilleure des issues (ta'wîl).* »
(Coran, S.4/V59)

Dans son sens terminologique, le mot *at-ta'wîl* (l'interprétation) signifie pour les *ousoûlî* lire dans un texte un sens différent de la signification manifeste véhiculée par ses termes, en s'appuyant sur une indication (*dalîl*). On considère, par ailleurs, que l'on ne doit pas

normalement s'écarter de la signification littérale d'un texte, et que l'interprétation n'est valide que si elle s'appuie sur une indication juridique comme un autre texte ou le raisonnement analogique, ou encore sur l'esprit ou les principes généraux de la charia. L'interprétation est arbitraire et dépourvue de validité juridique si elle ne se base pas sur une indication juridique valide, mais est inspirée par des objectifs personnels ou le désir d'appuyer tel ou tel point de vue, ou encore si elle contredit un texte explicite ou attribue aux termes du texte un sens qu'ils ne peuvent exprimer.

Une interprétation valide est, par exemple, celle qui consiste à restreindre la portée générale du verset :

﴿ وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰا ﴾

« *Dieu a permis la vente et interdit l'usure*. »
(Coran, S.2/V.275)

À la lumière des *hadîth* interdisant la vente aléatoire, la vente d'un bien que l'on ne possède pas et la vente d'une récolte avant de savoir si elle est bonne ; il s'agit ici d'interprétation du sens littéral du texte, puisque, comme nous l'avons dit, la signification littérale de ce verset est de déclarer la vente licite et l'usure illicite, tandis que sa signification textuelle est de rejeter toute comparaison entre la vente et l'usure. De même, l'interprétation conduit à restreindre la portée générale du verset concernant les femmes divorcées, par la Parole de Dieu :

﴿ وَأُوْلَٰتُ ٱلْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ۚ ﴾

« *La période d'attente des femmes enceintes prend fin avec l'accouchement*. »
(Coran, S.65/V.4)

Elle conduit encore à définir plus précisément le sang interdit de façon indéfinie dans le verset :

﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ ٱلْمَيْتَةُ وَٱلدَّمُ ﴾

« *Vous sont interdits la bête morte, le sang...* »
(Coran, S.5/V.3)

à la lumière de l'autre verset mentionnant « *le sang répandu* » (Coran, S.6/V.145). L'interprétation est donc valide lorsqu'elle consiste à restreindre la portée d'une prescription ou à la définir plus précisément, afin de faire concorder les divers textes du Coran et de la sunna.

Prenons encore pour exemple l'interprétation des paroles du Prophète (ﷺ) : « Sur quarante moutons, un mouton est dû » et « Celui qui a acheté une brebis dont on a laissé s'accumuler le lait peut soit la garder, soit la rendre au vendeur en y ajoutant une mesure de dattes. » La signification littérale du premier *hadîth* est que la *zakât* à payer sur quarante moutons est d'un mouton, et pas autre chose, tandis que la signification littérale du second *hadîth* est que, lorsque l'acheteur d'une brebis dont on a laissé s'accumuler le lait rend celle-ci au vendeur, il ne peut rien lui donner d'autre qu'une mesure de dattes comme dédommagement pour le lait qu'il a trait.

Toutefois, l'objectif général de la législation et les principes régissant le dédommagement d'un préjudice requièrent que l'on s'éloigne de cette signification littérale pour donner un sens plus large à ces textes. En effet, le but de l'obligation de donner un mouton sur quarante au titre de la *zakât* est de pourvoir aux besoins des pauvres, ce qui peut parfois être encore mieux réalisé en donnant la valeur d'un mouton au lieu du mouton lui-même : on interprète donc le mot mouton dans ce texte comme signifiant soit un mouton, soit la valeur d'un mouton payée sous une autre forme. De même, l'obligation de donner une mesure de dattes avec la brebis rendue est de compenser au vendeur le lait perdu : cette compensation peut par exemple prendre la forme d'une somme équivalente à la valeur du lait, d'un commun accord entre le vendeur et l'acheteur, et il n'est pas nécessaire qu'elle prenne uniquement la forme d'une mesure de dattes. La signification du texte est que l'acheteur doit donner au vendeur l'équivalent ou la valeur de ce qu'il lui a pris, ce qui correspond au principe général régissant le dédommagement des préjudices financiers dans la charia. C'est selon la même logique que l'on interprète le tiers d'héritage revenant à la mère comme le tiers de ce qui reste après le remboursement des dettes du défunt, afin d'éviter que la part d'héritage de la mère ne soit supérieure à celle du père.

Citons encore comme exemple de ce processus d'interprétation

dans le droit pénal, l'interprétation du mot « nuit » en tant que circonstance aggravante dans les cas de vol ou de dévastation des récoltes. La signification littérale du mot « nuit » est l'intervalle entre le coucher et le lever du soleil, mais cela peut ne pas correspondre à l'objectif du Législateur lorsqu'il a considéré la nuit comme une circonstance aggravante, à savoir de prévoir une sanction plus importante pour ceux qui profitent de l'obscurité pour commettre leur forfait. Par le mot « nuit », il faut donc comprendre l'obscurité, qui n'est pas totale juste après le coucher du soleil.

Par ailleurs, certaines interprétations sont sujettes à discussion, comme par exemple l'interprétation du verset :

﴿فَكَفَّٰرَتُهُۥٓ إِطۡعَامُ عَشَرَةِ مَسَٰكِينَ﴾

« *L'expiation en sera de nourrir dix pauvres.* »
(Coran, S.5/V.89)

On peut se demander s'il signifie qu'il faut nourrir dix personnes ou si l'on peut nourrir dix fois la même personne. De même, on peut se demander si la Parole de Dieu :

﴿فَإِطۡعَامُ سِتِّينَ مِسۡكِينٗا﴾

« *nourrir soixante pauvres* »
(Coran, S.58/V.4)

signifie uniquement qu'il faut nourrir soixante personnes ou si l'on peut nourrir soixante fois la même personne. Ou encore, on peut se demander si le verset :

﴿وَإِذَا حُيِّيتُم بِتَحِيَّةٖ فَحَيُّواْ بِأَحۡسَنَ مِنۡهَآ أَوۡ رُدُّوهَآ﴾

« *Quand une salutation courtoise vous est adressée, saluez d'une façon plus polie encore, ou bien rendez simplement le salut.* »
(Coran, S.4/V.86)

signifie également que lorsqu'on reçoit un cadeau, il faut rendre un cadeau encore meilleur ou équivalent.

D'une part, fermer totalement la porte à l'interprétation pour s'en tenir uniquement au sens littéral, comme y appelle l'école dhâhirite, peut nous éloigner de l'esprit et des principes généraux de la Loi et susciter des contradictions entre les textes. D'autre part, une totale liberté d'interprétation qui ne prendrait pas les précautions nécessaires conduirait à l'erreur et à une lecture arbitraire des Textes soumise au gré de chacun. Il ne faut donc prendre en compte que les interprétations valides, c'est-à-dire celles qui se fondent sur un texte, sur un raisonnement analogique ou sur les principes généraux de la Loi, que les termes du texte sont réellement susceptibles d'exprimer au sens propre ou au sens figuré, et enfin qui ne sont pas en contradiction avec un texte explicite.

La signification expliquée (*al-moufassar*)

Selon la terminologie des *ouṣoûlî*, c'est la signification véhiculée par les termes même du texte de manière si détaillée qu'il n'existe aucune possibilité d'interprétation. Ainsi, par exemple, les termes mêmes du texte peuvent exprimer clairement une signification détaillée, et indiquer en même temps que le texte ne doit pas être lu autrement. Citons la Parole de Dieu au sujet de ceux qui calomnient les femmes vertueuses :

﴿فَٱجۡلِدُوهُمۡ ثَمَٰنِينَ جَلۡدَةٗ﴾

« *Frappez-les de quatre-vingts coups de fouet.* »
(Coran, S.24/V.4)

Le chiffre donné étant précis, on ne peut ni l'augmenter ni le diminuer. De même, dans la Parole de Dieu :

﴿وَقَٰتِلُواْ ٱلۡمُشۡرِكِينَ كَآفَّةٗ﴾

« *Combattez les polythéistes totalement.* »
(Coran, S.9/V.36)

L'emploi du mot « totalement » (*kâfatan*) dans l'injonction ne permet pas d'en restreindre la portée. Dans le droit positif également, les articles du code pénal déterminant des sanctions, ou les articles du code civil définissant des types de dettes ou de droits, etc. sont souvent exprimés de façon si détaillée qu'ils ne laissent pas place à l'interprétation.

On considère aussi que la signification d'un texte est expliquée lorsque le texte lui-même exprime une prescription sommairement, mais que le Législateur l'a ensuite accompagné d'un texte indiscutable qui en explique et en détaille la signification d'une façon ne laissant plus place à l'interprétation. C'est le cas, par exemple, des versets suivants :

﴿وَأَقِيمُوا الصَّلَوٰةَ وَءَاتُوا الزَّكَوٰةَ﴾

« *Acquittez-vous de la prière, faites l'aumône légale.* »
(Coran, S.73/V.20)

﴿وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا﴾

« *Dieu a prescrit aux hommes, comme devoir envers Lui, de se rendre en pèlerinage à la Maison, pour quiconque en a les moyens.* »
(Coran, S.3/V.97)

﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَوٰا﴾

« *Dieu a permis la vente et interdit l'usure.* »
(Coran, S.2/V.275)

Les termes de prière (*ṣalât*), aumône légale (*zakât*), pèlerinage (*ḥajj*), ou usure (*ribâ*), désignent un concept sous une forme sommaire mais leur signification précise dans la charia n'est pas détaillée dans les versets mêmes où ils apparaissent. C'est le Prophète (ﷺ) qui en a précisé la signification par ses paroles et ses actes ; il accomplissait la prière et a dit : « Priez comme vous me voyez prier », il a

effectué le pèlerinage et dit : « Accomplissez les rites du pèlerinage selon mon exemple », il a collecté la *zakât*, et expliqué quelles formes de gains constituent l'usure interdite. De même, tous les versets coraniques contenant des prescriptions énoncées sommairement mais expliquées en détail par la sunna sont considérés comme des textes à signification expliquée : l'explication ainsi apportée fait partie de la signification du texte, tant qu'elle est indiscutable. C'est ce que les juristes appellent l'explication législative, une explication qui émane du Législateur lui-même. Le Prophète (ﷺ) a en effet reçu de Dieu l'autorité pour expliquer et détailler la Loi, dans la Parole de Dieu :

﴿وَأَنزَلْنَآ إِلَيْكَ ٱلذِّكْرَ لِتُبَيِّنَ لِلنَّاسِ مَا نُزِّلَ إِلَيْهِمْ﴾

« Nous t'avons envoyé le Rappel pour que tu expliques clairement aux hommes ce qui a été révélé à leur intention. »
(Coran, S.16/V.44)

Les textes à signification expliquée doivent être appliqués dans tous leurs détails, sans qu'il soit permis de s'écarter de leur signification littérale. Les prescriptions qu'ils expriment sont toutefois susceptibles d'être abrogées, s'il s'agit de prescriptions pour lesquelles cela est possible, à savoir, comme nous l'avons dit plus haut, de prescriptions secondaires pouvant subir des modifications.

Rappelons que l'explication (*at-tafsîr*) qui met fin à toute possibilité d'interprétation est celle qui est exprimée dans les termes mêmes du texte ou dans un texte explicatif indiscutable émanant du Législateur. Une telle explication est en effet partie intégrante de la Loi. L'explication apportée par les commentateurs et les *moujtahid*, quant à elle, ne fait pas partie de la Loi et n'a donc aucun caractère définitif. Lorsqu'un texte est sujet à interprétation, seul le Législateur a autorité pour lui attribuer de façon irréfutable telle ou telle signification.

L'explication et l'interprétation ont donc, l'une comme l'autre, pour but de clarifier le sens des Textes, mais l'explication s'appuie sur une indication indiscutable émanant du Législateur lui-même et n'est donc pas sujette à discussion, tandis que l'interprétation, parce qu'elle s'appuie sur une indication conjecturale et met en œuvre l'*ijtihâd* (interprétation juridique), peut se discuter et être remise en question.

La signification définitive (*al-mouḥkam*)

Selon la terminologie des *ouṣoûlî*, c'est la signification irrévocable véhiculée par les termes même du texte de manière si détaillée qu'il n'existe aucune possibilité d'interprétation : cette signification n'est pas susceptible d'interprétation car elle est exprimée de façon extrêmement détaillée et précise, et elle n'est pas non plus susceptible d'être abrogée ni à l'époque du Prophète (ﷺ) et de la Révélation ni par la suite, car la prescription qu'elle exprime est soit une prescription fondamentale et immuable de l'Islam, comme le culte de Dieu seul ou la croyance aux prophètes et aux Écritures ; soit une vertu essentielle ne pouvant varier selon les circonstances, comme la bonté envers les parents ou la justice ; soit encore, une prescription subsidiaire précise, mais dont la formulation exprime l'insistance du Législateur sur son application, comme le verset concernant ceux qui calomnient les femmes vertueuses :

﴿وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا﴾

« *Et n'acceptez plus jamais leur témoignage*. »
(Coran, S.24/V.4)

Ou la parole du Prophète (ﷺ) : « Le *jihâd* se poursuivra jusqu'au Jour dernier. »

L'application des textes à signification définitive ne fait aucun doute, et il est impossible d'y lire une autre signification que la signification littérale ou de les abroger. On distingue ces textes des autres en disant seulement qu'ils ne sont pas susceptibles d'être abrogés : il faut bien noter en effet qu'une fois révolue l'époque du Prophète (ﷺ) et de la Révélation, toutes les prescriptions de la charia exprimées dans le Coran et la sunna ont acquis un caractère définitif et ne peuvent donc plus être abrogées, puisqu'aucune autorité législative n'est désormais compétente pour annuler ou modifier les prescriptions apportées par le Prophète (ﷺ). Nous reviendrons en détail sur ce point lorsque nous aborderons la question de l'abrogation.

Ces quatre types de signification manifeste ne représentent pas le même degré de clarté et font, comme nous l'avons dit, l'objet d'un classement dont l'utilité apparaît en cas de contradiction entre les Textes.

Ainsi, si la signification littérale d'un texte est en contradiction avec la signification textuelle d'un autre, c'est la signification textuelle qui prévaut parce qu'elle est celle qui se comprend normalement de l'ensemble de l'énoncé, tandis que la signification littérale diffère de celle qui se comprend normalement de l'ensemble de l'énoncé. La signification qui se dégage de l'ensemble de l'énoncé est indiscutablement la plus évidente : la signification textuelle est donc plus évidente que la signification littérale, de même qu'en cas de contradiction entre une lecture restrictive et une lecture générale d'une prescription, c'est l'application restrictive qui prévaut car elle constitue l'objet original de la prescription, et que les termes du texte l'expriment textuellement, tandis que l'application générale de cette prescription n'est qu'impliquée par le texte.

Ainsi, par exemple, il existe une contradiction apparente entre le verset qui dit, après avoir mentionné les femmes avec qui le mariage est illicite :

﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ﴾

« *Les autres femmes vous sont permises.* »
(Coran, S.4/V.24)

Et celui qui restreint la polygamie :

﴿فَٱنكِحُوا۟ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ مَثْنَىٰ وَثُلَٰثَ وَرُبَٰعَ﴾

« *Épousez, parmi les femmes qui vous plaisent, deux, trois ou quatre femmes.* »
(Coran, S.4/V.3)

La signification littérale du premier verset est qu'il est permis de prendre une cinquième épouse, puisqu'elle fait partie des « autres femmes », tandis que le second limite textuellement le nombre de co-

épouses à quatre. C'est cette signification textuelle qui prévaut parce qu'elle représente un degré d'évidence supérieur, et le mariage avec plus de quatre femmes est donc interdit.

De même, en cas de contradiction entre la signification textuelle d'un texte et la signification expliquée d'un autre, c'est la signification expliquée qui prévaut : elle représente en effet un degré d'évidence supérieur puisque l'explication détaillée qu'elle comporte ne laisse pas de place à l'interprétation, la signification étant définie de façon précise.

Ainsi, par exemple, il existe une contradiction apparente entre les deux *ḥadîth* : « La femme qui a des écoulements refait ses ablutions à chaque prière » et « La femme qui a des écoulements refait ses ablutions au moment de la prière. » Le premier *ḥadîth* exprime textuellement l'obligation de refaire les ablutions pour chaque prière : c'est le sens véhiculé par les termes du texte et qui se comprend de l'ensemble de l'énoncé. Le second *ḥadîth* a une signification expliquée ne laissant pas place à l'interprétation, tandis que le premier peut signifier soit qu'il faut refaire les ablutions pour toutes les prières mêmes accomplies successivement, soit qu'il faut les refaire à chaque moment où l'on fait la prière quelque soit le nombre de prières effectuées à ce moment. C'est donc le second *ḥadîth* qui prévaut, et la prescription de la charia est, par conséquent, que la femme doit en pareil cas refaire les ablutions au moment de commencer à prier, et effectuer à ce moment-là autant de prières obligatoires ou surérogatoires qu'elle le souhaite.

RÈGLE QUATRE

LA SIGNIFICATION LATENTE ET SES DIVERS DEGRÉS

Les textes à signification latente sont ceux dont la formulation même ne permet pas d'accéder à leur signification, et dont la compréhension nécessite le recours à des éléments extérieurs. Lorsque la signification de ces textes peut être précisée par l'analyse ou l'interprétation juridique, on parle de signification indistincte ou complexe, tandis que les textes dont on ne peut comprendre la signification exacte qu'en se référant au Législateur lui-même ont une signification sommaire, et ceux dont on ne peut pas du tout dissiper l'obscurité ont une signification ambiguë.

Considérons le sens terminologique et le statut de ces quatre catégories, quelques exemples à l'appui :

La signification indistincte (*al-khafî*)

Selon la terminologie des *ouṣoûlî*, la signification d'un texte ou d'un terme est indistincte lorsqu'il possède une signification littérale dont l'application à certains individus comprend un degré d'incertitude et nécessite une réflexion. La signification est alors indistincte en ce qui concerne ces individus. La source de cette incertitude peut être une caractéristique supplémentaire ou manquante, ou une appellation particulière qui distingue certains individus des autres individus désignés par le terme : cette différence fait qu'un tel individu ne correspond pas exactement à la signification littérale du texte ou du

terme, dont la signification devient indistincte en ce qui le concerne ; il faut donc avoir recours à un élément extérieur pour préciser cette signification.

Par exemple, le mot voleur (en arabe *sâriq*) signifie littéralement celui qui prend sans être vu un bien possédant une valeur et appartenant à autrui. L'application de cette appellation à certains individus pose toutefois quelques problèmes. Ainsi le pickpocket a-t-il recours à l'habileté pour prendre le bien d'autrui au grand jour et sans se cacher : il diffère donc du voleur en ce qu'il accomplit son forfait ouvertement, et est pour cette raison appelé d'un autre nom. La question est donc de savoir si l'appellation de voleur (*sâriq*) s'applique également à lui, et s'il convient de lui couper la main comme la Loi le prescrit pour les voleurs, ou si cette appellation ne s'applique pas à lui, auquel cas on se contentera de lui infliger une correction. Les *moujtahid* se sont accordés à considérer que l'esprit du texte nécessitait l'application de la même prescription au pickpocket qu'au voleur, car la raison d'être de la prescription concernant le second concerne à plus forte raison le premier. Le même problème se pose pour le profanateur de tombes : il s'approprie un bien se trouvant dans la tombe d'un mort et dont personne ne revendique habituellement la possession, comme le linceul ou les vêtements du mort ; il se différencie donc du voleur en ce que le bien qu'il prend ne se trouve pas en la possession d'autrui, et il est pour cette raison appelé d'un autre nom. Là encore, la question est de savoir si l'appellation de voleur (*sâriq*) s'applique également à lui, et s'il convient de lui couper la main comme la Loi le prescrit pour les voleurs, ou si cette appellation ne s'applique pas à lui, auquel cas on se contentera de lui infliger une correction. Ach-Châfi'î et Aboû Yoûsouf considèrent le profanateur de tombes comme un voleur dont la main doit être coupée. Les autres hanafites considèrent par contre que ce n'est pas un voleur et qu'il convient simplement de le corriger pour le dissuader de recommencer, parce que le fait que le bien pris n'était en possession de personne laisse planer un doute qui empêche l'application de la sanction légale. De même, dans le *ḥadîth* selon lequel « le meurtrier n'hérite pas de sa victime », on peut se demander si le mot « meurtrier » (en arabe *al-qâtil*) s'applique ou non à celui qui a tué par erreur ou involontairement. Ou encore, lorsque dans une transaction le vendeur reçoit de l'acheteur une somme d'argent dont il est censé prélever le prix de la vente puis rendre le reste, et qu'il

disparaît avec toute la somme, doit-on considérer que le vendeur est un voleur ou qu'il a manqué à sa parole ? Donc, chaque fois qu'un terme possède une signification littérale précise, mais que son application à certains individus fait l'objet d'un doute, on considère que ce terme a une signification indistincte en ce qui concerne les individus en question.

Ce type de difficulté se rencontre fréquemment aussi bien dans le droit religieux que dans le droit positif. Le cas le plus fréquent est celui des actes dont il est difficile d'établir s'ils sont des crimes ou des délits, c'est-à-dire lequel de ces deux termes les caractérise.

C'est l'effort d'analyse et de réflexion du *moujtahid* qui permet de résoudre ce type de difficulté. S'il considère que les termes du texte s'appliquent à l'individu concerné, ne serait-ce que dans leur esprit, le *moujtahid* inclura cet individu dans les personnes désignées par ces termes et lui appliquera la prescription conséquente ; s'il considère que ces termes ne peuvent en aucune façon désigner l'individu en question, il ne lui appliquera pas cette prescription, étant bien entendu que les *moujtahid* peuvent en pareil cas avoir des avis différents, comme nous l'avons vu dans le cas de l'application du terme « voleur » au profanateur de tombes. L'*ijtihâd* visant à éclaircir ce type de difficulté se base sur la raison d'être et le motif de la prescription, ainsi que sur les divers textes existant sur le même sujet : on peut ainsi se rendre compte que la raison d'être de la prescription concerne à plus forte raison l'individu en question, ou bien qu'elle ne le concerne pas du tout, ou encore qu'il existe un autre texte où le cas à traiter est abordé plus clairement.

La signification complexe (*al-mouchkil*)

Selon la terminologie des *ou*s*oûlî*, la signification d'un texte ou d'un terme est complexe lorsque sa formulation seule ne permet pas d'élucider son sens, mais qu'il est nécessaire pour accéder à ce sens d'avoir recours à un élément extérieur accessible aux chercheurs.

Dans le cas d'un texte à signification indistincte, la confusion possible se situe au niveau de l'application du texte ou d'un terme à certains individus en raison de facteurs extérieurs au texte. Par contre, dans le cas du texte à signification complexe, ce sont les termes mêmes du texte qui prêtent à confusion car ils sont susceptibles,

linguistiquement, d'exprimer plusieurs significations, sans qu'aucun élément du texte lui-même ne permette de trancher pour l'une ou l'autre : il faut donc avoir recours à un élément extérieur pour résoudre la difficulté.

C'est le cas par exemple pour le verset :

﴿ وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ ﴾

« *Et les femmes divorcées doivent observer un délai de trois menstrues (qouroû').* »

(Coran, S.2/V.22)

Le terme arabe *qouroû'* possède deux acceptions possibles : il peut désigner l'état de pureté ou la menstruation. La question est de savoir laquelle de ces deux significations correspond au sens du verset, et donc si la divorcée doit laisser passer trois périodes de pureté (période qui sépare deux menstrues consécutives) avant de se remarier, ou si elle doit attendre d'avoir eu trois menstrues. Cette double signification a engendré deux interprétations différentes. Selon ach-Châfi'î et certains *moujtahid*, le mot désigne dans le verset les périodes de pureté ; l'indice sur lequel ils s'appuient est que l'accord de l'adjectif numéral dans le texte arabe serait correct si l'on remplaçait le terme *qouroû'* par le terme *aṯhâr* (périodes de pureté) mais incorrect si on le remplaçait par le terme *ḥayḍât* (périodes de menstrues). Par contre, les hanafites et un autre groupe de *moujtahid* considèrent que le mot *qouroû'* désigne dans le verset les menstrues elles-mêmes ; ils s'appuient sur les indices suivants :

1. Le motif de la prescription de la période d'attente : une période d'attente est prescrite aux femmes divorcées avant de pouvoir se remarier, afin de vérifier qu'elles ne sont pas enceintes, un fait qui est prouvé par l'arrivée des règles et non par leur absence.
2. Dans le verset :

﴿ وَٱلَّٰٓـِٔي يَئِسْنَ
مِنَ ٱلْمَحِيضِ مِن نِّسَآئِكُمْ إِنِ ٱرْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَٰثَةُ أَشْهُرٍ
وَٱلَّٰٓـِٔي لَمْ يَحِضْنَ ﴾

« *Pour celles de vos femmes qui n'espèrent plus la menstruation (hayd), si vous éprouvez quelque doute, le délai d'attente est de trois mois, de même que pour celles qui n'ont pas encore leurs menstrues.* »

(Coran, S.65/V.4)

Le motif pour lequel la période d'attente est comptée en mois est l'absence des règles, ce qui implique que la période d'attente se calcule normalement en fonction des règles.

3. Le Prophète (ﷺ) a dit : « Le divorce d'une esclave est effectif lorsqu'il a été prononcé deux fois, et son délai d'attente est de deux périodes de menstrues. » Le *hadîth* liant explicitement le délai d'attente de la femme esclave aux périodes de menstrues permet d'élucider l'ambiguïté entourant le terme *qouroû'* dans le verset concernant le délai d'attente de la femme libre. Quant à l'accord de l'adjectif numéral invoqué par les tenants de l'avis inverse, il est justifié par le genre du mot *qouroû'* employé dans le verset.

La complexité peut également apparaître lors de la confrontation de plusieurs textes : chaque texte peut posséder une signification littérale ne comportant aucune ambiguïté, tandis que la juxtaposition des textes suscite un doute sur leur signification. Ainsi, il existe une contradiction apparente entre des textes comme :

﴿ مَّآ أَصَابَكَ مِنْ حَسَنَةٍ فَمِنَ ٱللَّهِ ۖ وَمَآ أَصَابَكَ مِن سَيِّئَةٍ فَمِن نَّفْسِكَ ۚ ﴾

« *Tout bien qui t'arrive vient de Dieu ! Tout mal qui t'atteint vient de toi-même.* »

(Coran, S.4/V.79)

﴿ قُلْ كُلٌّ مِّنْ عِندِ ٱللَّهِ ۖ ﴾

« *Dis-leur : Tout vient de Dieu.* »

(Coran, S.4/V.78)

﴿ قُلْ إِنَّ ٱللَّهَ لَا يَأْمُرُ بِٱلْفَحْشَآءِ ۖ ﴾

« *Dieu n'ordonne jamais ce qui est mal.* »
(Coran, S.7/V.28)

﴿ وَإِذَآ أَرَدْنَآ أَن نُّهْلِكَ قَرْيَةً أَمَرْنَا مُتْرَفِيهَا فَفَسَقُوا۟ فِيهَا
فَحَقَّ عَلَيْهَا ٱلْقَوْلُ فَدَمَّرْنَٰهَا تَدْمِيرًا ﴿١٦﴾ ﴾

« *Quand Nous décrétons la perte d'une cité, Nous lâchons la bride à ses riches qui se livrent à la perversion. Notre arrêt, déjà pris, se trouve dès lors justifié. Aussi la saccageons-Nous de fond en comble.* »
(Coran, S.17/V.16), etc.

La difficulté provenant d'une signification complexe est surmontée grâce à l'effort d'interprétation (*ijtihâd*). Lorsqu'un terme est polysémique, c'est-à-dire possède plusieurs acceptions, le *moujtahid* a recours aux diverses indications juridiques dont il dispose pour dissiper la confusion et préciser la signification du texte : nous en avons vu un exemple à propos du mot *qouroû'*, avec la possibilité que l'on aboutisse à des avis divergents. Lorsque des textes présentent une contradiction apparente, le rôle du *moujtahid* est de les interpréter correctement afin de les faire concorder, et de dissiper la contradiction résultant d'une lecture littérale. Il s'appuie pour cela soit sur d'autres textes, soit sur les règles juridiques et l'objectif de la Loi.

La signification sommaire (*al-moujmal*)

Selon la terminologie des *ouṣoûlî*, la signification d'un texte ou d'un terme est sommaire lorsque sa formulation seule ne permet pas d'en élucider le sens, et qu'il n'existe pas d'indice linguistique ou matériel permettant de le faire ; il s'agit d'une difficulté terminologique et non pas fortuite.

On parle en particulier de signification sommaire pour les termes que le Législateur a employés dans un sens différent de leur signification linguistique, leur conférant une signification terminologique propre, comme les mots *ṣalât* (prière), *zakât* (aumône légale), *ṣiyâm* (jeûne), *ḥajj* (pèlerinage), ou *ribâ* (usure).

Un tel terme présent dans un texte de la charia a une signification sommaire tant que le Législateur Lui-même n'a pas précisé cette signification : c'est le rôle des paroles et des actes du Prophète (ﷺ). Ainsi le Prophète (ﷺ) a-t-il dit : « Priez comme vous me voyez prier », et montré quels sont les éléments essentiels de la prière, les conditions de sa validité et la forme qu'elle doit prendre. Il a de même expliqué les prescriptions énoncées sommairement dans le Coran au sujet de l'aumône légale, du jeûne, du pèlerinage, de l'usure, etc.

On parle également de signification sommaire pour les termes inhabituels auxquels le texte lui-même attribue une signification particulière, comme par exemple le mot *al-qâri'a* (celle qui fracasse) dans la Parole de Dieu :

﴿ٱلْقَارِعَةُ ۝١ مَا ٱلْقَارِعَةُ ۝٢ وَمَآ أَدْرَىٰكَ مَا ٱلْقَارِعَةُ
۝٣ يَوْمَ يَكُونُ ٱلنَّاسُ كَٱلْفَرَاشِ ٱلْمَبْثُوثِ ۝٤﴾

« Celle qui fracasse ! Qu'est-ce donc que celle qui fracasse ? Comment pourrais-tu savoir ce qu'est celle qui fracasse ? Ce sera le Jour où les hommes seront semblables à des papillons dispersés. »

(Coran, S.101/V.1-4)

Ou encore le mot *al-haloû'* (l'inconstance) dans les versets :

﴿إِنَّ ٱلْإِنسَٰنَ خُلِقَ هَلُوعًا ۝١٩
إِذَا مَسَّهُ ٱلشَّرُّ جَزُوعًا ۝٢٠ وَإِذَا مَسَّهُ ٱلْخَيْرُ مَنُوعًا ۝٢١﴾

« L'homme a été créé inconstant : abattu quand un malheur l'atteint, avare lorsqu'il est riche. »

(Coran, S.70/V.19-21)

Le même problème se pose dans certains textes du droit positif. Ainsi, un texte de loi peut contenir un terme général exprimant une signification de façon sommaire : son application fera l'objet de discussions parmi les juristes, jusqu'à ce que le Législateur précise

son intention par un autre texte détaillant la signification sommaire du premier. De même, lorsqu'un terme pouvant linguistiquement avoir plusieurs significations est utilisé dans un texte de loi dans un emploi terminologique précis, il peut être accompagné d'un article détaillant cette signification.

En bref, lorsqu'un terme est susceptible linguistiquement d'exprimer plusieurs significations, et ne peut donc être compris isolément, on dit que sa signification est complexe lorsqu'il existe des indices permettant de la préciser ; et on dit que sa signification est sommaire lorsqu'on ne dispose pas d'indice permettant de la préciser.

Un terme a donc une signification sommaire dans trois cas :

— il peut exprimer plusieurs significations et aucun indice ne permet de préciser laquelle est la bonne ;

— le Législateur l'emploie dans un sens particulier différent de sa signification linguistique ;

— le terme est inhabituel et son sens est obscur.

Lorsqu'un terme a, pour une de ces trois raisons, une signification sommaire, on ne peut en préciser la signification qu'en ayant recours aux indications données par le Législateur : en effet, Lui seul sait dans quel sens Il a employé le terme, puisque l'on ne dispose d'aucun indice, ni linguistique ni extérieur au texte. Lorsque le Législateur explique la signification sommaire d'un terme de façon complète et indiscutable, ce terme acquiert une signification expliquée : ainsi les mots *zakât* (aumône légale), *salât* (prière), *hajj* (pèlerinage) ont-ils fait l'objet d'une explication détaillée.

Lorsque le Législateur apporte des éléments d'explication à la signification sommaire d'un terme, mais sans l'élucider totalement, cette signification devient complexe, et c'est l'analyse et l'*ijtihâd* qui doivent ensuite intervenir pour achever de la préciser. En effet, en apportant un début d'éclaircissement, le Législateur a ouvert la voie à une élucidation du sens par la réflexion et l'*ijtihâd*. Par exemple, le mot *ribâ* (usure) est employé dans le Coran avec une signification sommaire, et a été expliqué par le Prophète (ﷺ) dans le *hadîth* sur les six biens susceptibles de donner lieu à des transactions usuraires.[1]

1. Le texte du *hadîth* est : « L'or contre l'or, l'argent contre l'argent, le blé contre le blé, l'orge contre l'orge, le sel contre le sel, les dattes contre les

Toutefois, cette explication n'est pas complète car elle ne donne pas une liste exhaustive des transactions usuraires. Elle ouvre par contre la voie à une explication précise de la nature de l'usure, grâce à un raisonnement analogique fondé sur le contenu du *ḥadîth*. De même, dans le droit positif, un texte de loi apportant un début d'éclaircissement à un premier texte à signification sommaire, ouvre la voie à l'interprétation juridique.

La signification ambiguë (*al-moutachâbih*)

Selon la terminologie des *ouṣoûlî*, la signification d'un texte ou d'un terme est ambiguë lorsque sa formulation seule ne permet pas d'en élucider le sens, qu'il n'existe pas d'indice extérieur permettant de préciser cette signification et que le Législateur n'a pas jugé bon de l'expliquer.

Une telle ambiguïté ne se trouve pas dans les textes à portée législative. Les versets et les *ḥadîth* prescriptifs ne comportent pas de terme ambigu dont on ne puisse préciser la signification. L'ambiguïté ne survient qu'en d'autres endroits des Textes, par exemple dans les lettres isolées se trouvant au début de certaines sourates, comme : *alif lâm mîm*, *qaf*, *ḥa mîm*, ou dans les textes dont la signification littérale suggère que Dieu a, comme Ses créatures, une main, des yeux, ou peut se trouver à un endroit :

﴿يَدُ ٱللَّهِ فَوْقَ أَيْدِيهِمْ﴾

« *La main de Dieu est au-dessus de leurs mains*. »
(Coran, S.48/V.10)

﴿وَٱصْنَعِ ٱلْفُلْكَ بِأَعْيُنِنَا وَوَحْيِنَا﴾

---

dattes, ne s'échangent que de qualité égale, en quantité égale, de la main à la main ; lorsque vous échangez un de ces biens contre un autre de nature différente, vendez comme bon vous semble, mais que l'échange se fasse de la main à la main. »

« *Construis le vaisseau sous Nos yeux et d'après Notre inspiration.* »

(Coran, S.11/V.37)

﴿ مَا يَكُونُ
مِن نَّجْوَىٰ ثَلَٰثَةٍ إِلَّا هُوَ رَابِعُهُمْ وَلَا خَمْسَةٍ إِلَّا هُوَ سَادِسُهُمْ
وَلَآ أَدْنَىٰ مِن ذَٰلِكَ وَلَآ أَكْثَرَ إِلَّا هُوَ مَعَهُمْ أَيْنَ مَا كَانُوا ﴾

« *Il n'y a pas de conversation secrète à trois où Il ne soit le quatrième, ni à cinq où Il ne soit le sixième. Qu'ils soient moins ou plus nombreux, Il est avec eux là où ils se trouvent.* »

(Coran, S.58/V.7)

Les lettres isolées commençant certaines sourates ne permettent pas en elles-mêmes d'accéder à leur signification, et Dieu n'a pas expliqué ce qu'elles veulent dire : Lui seul est parfaitement informé de leur signification. De même, les versets dont la signification littérale suggère une vision anthropomorphique de Dieu ne peuvent être compris selon la signification linguistique de leurs termes, puisque Dieu, Sublime et Transcendant, n'a pas de main, d'yeux ou d'emplacement comme Ses créatures ; rien n'est pareil à Lui, et Il est Celui qui entend et qui voit. Le Législateur n'a pas expliqué le sens de ces versets et Lui seul en est parfaitement informé. Les exégètes anciens s'arrêtent à cette constatation sans chercher à élucider les textes ambigus, considérant que la foi nécessite de s'en remettre à l'omniscience divine. Les exégètes modernes considèrent, eux, que la signification littérale de tels versets relève de l'impossible, puisque Dieu ne saurait avoir une main ou des yeux ni se trouver à un endroit précis, et que chaque fois que la signification littérale d'un texte exprime une impossibilité, il faut lui donner une interprétation symbolique que les termes du texte soient susceptibles d'exprimer même de façon imagée, et qui ne soit pas anthropomorphique. Ainsi, le verset :

﴿ يَدُ ٱللَّهِ فَوْقَ أَيْدِيهِمْ ﴾

« *La main de Dieu est au-dessus de leurs mains.* »
(Coran, S.48/V.10)

peut être interprété comme signifiant : « la puissance de Dieu est supérieure à la leur ». Le verset :

﴿وَٱصۡنَعِ ٱلۡفُلۡكَ بِأَعۡيُنِنَا﴾

« *Construis le vaisseau sous Nos yeux.* »
(Coran, S.11/V.37)

peut être interprété comme signifiant : « sous notre surveillance bienveillante ». Et le verset :

﴿مَا يَكُونُ
مِن نَّجۡوَىٰ ثَلَٰثَةٍ إِلَّا هُوَ رَابِعُهُمۡ وَلَا خَمۡسَةٍ إِلَّا هُوَ سَادِسُهُمۡ
وَلَآ أَدۡنَىٰ مِن ذَٰلِكَ وَلَآ أَكۡثَرَ إِلَّا هُوَ مَعَهُمۡ أَيۡنَ مَا كَانُواْ﴾

« *Il n'y a pas de conversation secrète à trois où Il ne soit le quatrième, ni à cinq où Il ne soit le sixième. Qu'ils soient moins ou plus nombreux, Il est avec eux là où ils se trouvent.* »
(Coran, S.58/V.7)

peut être interprété comme signifiant que l'omniscience de Dieu Tout-Puissant s'étend à toutes les conversations secrètes.

Cette divergence entre les exégètes provient de leur compréhension différente de la Parole de Dieu concernant l'ambiguïté dans le Coran :

﴿وَمَا يَعۡلَمُ تَأۡوِيلَهُۥٓ إِلَّا ٱللَّهُۗ وَٱلرَّٰسِخُونَ فِي ٱلۡعِلۡمِ يَقُولُونَ ءَامَنَّا بِهِۦ
كُلّٞ مِّنۡ عِندِ رَبِّنَاۗ وَمَا يَذَّكَّرُ إِلَّآ أُوْلُواْ ٱلۡأَلۡبَٰبِ ٧﴾

« *Son interprétation n'est connue que par Dieu, et ceux qui ont approfondi la science disent : nous y ajoutons foi, tout procède de notre Seigneur. Seuls ceux qui sont doués*

d'intelligence savent se recueillir pour méditer. »
(Coran, S.3/V.7)

Lu de cette façon, le verset justifie l'attitude des exégètes anciens qui considèrent que Dieu seul connaît le sens des versets ambigus et se refusent donc à essayer de les interpréter. Il est toutefois possible de couper le verset différemment, ce qui lui donne comme sens : «*Son interprétation n'est connue que par Dieu et ceux qui ont approfondi la science ; ils disent : nous y ajoutons foi...* »[1] Cette seconde lecture justifie quant à elle l'attitude des exégètes modernes, qui considèrent que les érudits peuvent s'efforcer d'interpréter les versets ambigus en leur attribuant une signification susceptible d'être exprimée par les termes du texte et dénuée de tout anthropomorphisme.

La position qui me paraît la plus juste est de traiter les versets ambigus comme des textes équivoques, c'est-à-dire pouvant faire l'objet d'interprétations divergentes, par opposition aux versets explicites dont la signification parfaitement claire ne laisse pas place à la discussion ni à l'interprétation. Par conséquent, aucun passage du Coran ne doit être considéré comme hermétique. La réalité est que le sens y est exprimé de diverses manières. La formulation de certains passages permet de les comprendre directement, sans possibilité de discussion ni d'interprétation. Les termes de certains autres passages véhiculent une signification tout en étant susceptibles d'en exprimer une autre, et il faut avoir recours à l'analyse et à l'effort d'interprétation pour déterminer leur sens. Enfin, dans d'autres cas encore, les termes du texte ne permettent pas d'accéder à sa signification, mais le Législateur l'a accompagné d'indices ou d'une explication permettant de comprendre cette signification. En effet, le Coran est un Rappel révélé par Dieu pour appeler les hommes à réfléchir, et l'on ne saurait donc concevoir qu'il contienne des versets au sens totalement inaccessible. Quant aux lettres isolées qui se trouvent au début de certaines sourates, elles nous indiquent que le Coran, texte miraculeux, est constitué des lettres employées par les hommes, et non pas d'autres signes qui leur seraient étrangers. On peut d'ailleurs constater que la plupart des sourates commençant par ces lettres isolées mentionnent le Livre immédiatement après ces lettres.

1. Le texte arabe du verset est : « *wamâ ya'lamou ta'wîlouhou illâ Allâh war-râsikhoûna fîl-'ilmi yaqoûloûna âmannâ bihi...* ». La différence d'inter-

RÈGLE CINQ

LES TERMES POLYSÉMIQUES ET LEUR SIGNIFICATION

Lorsqu'un texte à portée juridique comprend un terme polysémique (*mouchtarak*), c'est-à-dire possédant plusieurs acceptions, une seule de ses significations possibles doit être retenue :

— si le terme possède une signification linguistique et une signification terminologique juridique, il faut obligatoirement retenir la signification juridique ;

— si le terme possède deux ou plusieurs significations linguistiques, il faut trancher entre ces significations en s'appuyant sur une indication.

On ne peut en aucun cas considérer qu'un terme polysémique est employé en même temps dans deux ou plusieurs de ses acceptions.

Cette cinquième règle et la sixième et la septième ci-dessous ont pour but de préciser le statut et la signification de trois types de termes qui se rencontrent fréquemment dans les Textes de la charia et du droit positif, à savoir les termes polysémiques (*al-mouchtarak*), les termes généraux (*al-'âmm*) et les termes restrictifs (*al-khâṣṣ*).

La différence essentielle entre ces trois types de termes, sur le plan de la signification, est la suivante :

---

prétation provient du fait qu'il est possible, en lisant ce verset, soit de faire une pause après « *Allâh* », soit de la faire après « *war-râsikhoûna fîl-'ilmi* ».

— Un terme polysémique peut exprimer des significations différentes dans des contextes différents : ainsi « l'année » peut désigner une année du calendrier chrétien ou du calendrier hégirien, « la main » peut désigner la main droite ou la main gauche, etc.

— Un terme général possède une seule signification, et désigne de façon non limitative un groupe important d'individus (même si ce groupe dans son ensemble est en réalité fini) : le terme ne désigne pas linguistiquement un nombre déterminé de ces individus, mais le groupe dans son ensemble. Par exemple, le terme « les étudiants » désigne un nombre non limité d'individus et s'applique à tous les individus appartenant à ce groupe.

— Un terme restrictif désigne un individu ou un nombre déterminé d'individus, comme le mot « Mohammad », ou les mots « l'étudiant » ou « les dix, les cent ou les mille étudiants ».

Donc, on parle de polysémie lorsqu'un même terme peut avoir des significations différentes dans des contextes différents. On parle de généralité lorsqu'un terme désigne de façon non limitative tous les individus auxquels il peut s'appliquer. Et on parle de restriction lorsqu'un terme désigne de façon limitative un individu, ou un nombre restreint d'individus, auxquels il s'applique.

Un terme polysémique possède plusieurs acceptions, c'est-à-dire qu'il exprime alternativement deux ou plusieurs significations, suivant le contexte : ainsi le mot « source » peut désigner l'eau qui sort de terre, ou bien l'origine de quelque chose ; dans l'exemple évoqué plus haut, le mot arabe *al-qour'ou* peut désigner soit les menstrues, soit la période de pureté entre deux menstrues ; etc.

La présence de polysémie dans la langue est due à de multiples facteurs. En arabe, elle provient souvent des différences d'emploi des mots d'une tribu à une autre. Par exemple, certaines tribus employaient le mot « *al-yadd* » pour désigner le bras tout entier, d'autres pour désigner la main et l'avant-bras, d'autres encore pour désigner la main seule, de sorte que les lexicographes considèrent « *al-yadd* » comme un mot polysémique pouvant avoir l'une de ces trois significations. Par ailleurs, un mot peut posséder des significations différentes au sens propre et au sens figuré, et devenir si courant dans son sens figuré qu'on en oublie son sens premier : c'est là encore un mot polysémique pouvant avoir l'une de ces deux significations. Enfin, notons le cas des mots possédant un sens linguistique courant

et acquérant un autre sens dans la terminologie religieuse, juridique etc. La polysémie, quelle qu'en soit la cause, est donc un phénomène fréquent. Les Textes du Coran et de la sunna en comprennent de nombreux exemples. Comme nous l'avons vu, la présence d'un terme polysémique dans un texte lui donne une signification complexe, tant que des indices permettent de trancher entre les acceptions possibles : le rôle du *moujtahid* est alors de déterminer quelle signification le terme possède dans le texte à expliquer.

Le terme polysémique peut être un nom, comme dans les exemples ci-dessus ; il peut aussi être une forme verbale, susceptible par exemple d'exprimer un ordre ou une recommandation, ou encore une particule grammaticale, comme la particule « *wa* » en arabe qui peut être conjonction de coordination (« et ») ou de subordination (« alors que »).

Lorsqu'un terme polysémique présent dans un texte religieux possède une signification linguistique courante et une signification terminologique, c'est la signification terminologique qui prévaut. Ainsi, le mot « *ṣalât* » (prière) désigne linguistiquement en arabe l'invocation, tandis que dans la terminologie religieuse il désigne spécifiquement la pratique du culte. Dans la Parole de Dieu :

﴿وَأَقِيمُوا۟ ٱلصَّلَوٰةَ﴾

« *Acquittez-vous de la prière.* »
(Coran S.73/V20.)

C'est dans le sens terminologique de pratique du culte, et non dans le sens linguistique d'invocation qu'il convient de le comprendre. De même, le mot « *ṭalâq* » (divorce) signifie linguistiquement le fait de défaire n'importe quel lien, et dans la terminologie religieuse il signifie défaire le lien du mariage : dans la Parole de Dieu suivante :

﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِ﴾

« *Le divorce peut être prononcé deux fois.* »
(Coran, S.2/V.229)

C'est dans son sens terminologique qu'il faut le comprendre. Donc, chaque fois qu'un terme polysémique possède d'une part un sens linguistique, d'autre part un sens terminologique particulier que le Législateur lui a attribué, c'est dans ce sens terminologique qu'il faut le comprendre chaque fois qu'on le rencontre dans un texte religieux, puisqu'il est employé par le Législateur qui lui a conféré ce sens. Le problème se pose de la même façon dans le droit positif : lorsqu'un terme possède un sens linguistique courant et un sens juridique, c'est dans ce sens terminologique qu'il convient de le comprendre dans les textes juridiques.

Lorsqu'un terme polysémique présent dans un texte de la charia possède plusieurs significations linguistiques, c'est l'*ijtihâd* qui permet de déterminer dans quelle acception ce terme est employé dans le texte, car le Législateur ne l'emploie que dans l'une de ses acceptions à la fois. Le *moujtahid* s'appuie sur les divers indices et indications dont il dispose pour trancher entre les significations possibles.

Ainsi, le mot « *al-qour'ou* » dans la Parole de Dieu :

﴿وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ﴾

« *Et les femmes divorcées doivent observer un délai de trois menstrues (qouroû').* »

(Coran, S.2/V.228)

est, comme nous l'avons vu, un terme polysémique pouvant désigner soit les menstrues, soit la période de pureté entre les menstrues : nous avons vu, dans la partie consacrée aux textes à signification complexe, comment certains *moujtahid* ont été amenés à considérer, en s'appuyant sur certains indices, que ce terme désignait la pureté, tandis que d'autres, s'appuyant sur d'autres indices, considéraient qu'il désignait les menstrues.

De même, le mot arabe « *al-yadd* » employé dans la Parole de Dieu :

﴿وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓا۟ أَيْدِيَهُمَا﴾

« *Le voleur et la voleuse, coupez-leur la main.* »
(Coran, S.5/V.38)

est un terme polysémique pouvant désigner soit le bras tout entier (des doigts à l'épaule), soit la main et l'avant-bras (des doigts au coude), soit la main seule (des doigts au poignet), et pouvant également désigner soit la main droite soit la main gauche. Les *moujtahid*, s'appuyant sur la pratique du Prophète (ﷺ), s'accordent à considérer que dans le verset cité le mot désigne uniquement la main, et qu'il s'agit de la main droite.

Le mot arabe « *al-kalâla* » employé dans le verset :

﴿ وَإِن كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَٰلَةً ﴾

« *Quand un homme ou une femme meurt sans laisser d'héritier en ligne directe (kalâlatan).* »
(Coran, S.4/V.12)

est polysémique : il peut désigner celui qui ne laisse ni ascendant ni descendant, celui qui n'est ni l'ascendant ni le descendant du défunt, ou encore un lien de parenté autre que la filiation. Les *moujtahid*, s'appuyant sur l'ensemble des versets traitant de l'héritage, s'accordent à considérer que le terme est employé dans le verset cité dans la première acception (ne laissant ni ascendant ni descendant).

Pour prendre un dernier exemple, la particule « *wa* » employée dans la Parole de Dieu :

﴿ وَلَا تَأْكُلُوا مِمَّا لَمْ يُذْكَرِ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ وَإِنَّهُ لَفِسْقٌ ﴾

« *Ne mangez pas de ce sur quoi le nom de Dieu n'a pas été prononcé, (wa) c'est une perversité.* »
(Coran, S.6/V.121)

est polysémique : elle peut exprimer soit la simple coordination, soit la subordination avec une valeur circonstancielle. Si « *wa* » est compris ici comme exprimant un rapport de subordination, le verset signifie qu'il est interdit de consommer ce sur quoi le nom de Dieu

n'a pas été prononcé dans la mesure où c'est une perversité, c'est-à-dire lorsque l'animal a été abattu en prononçant un autre nom que celui de Dieu. Si « *wa* » n'exprime qu'un rapport de coordination, le verset signifie qu'il est interdit dans tous les cas de consommer ce sur quoi le nom de Dieu n'a pas été prononcé (qu'un autre nom ait été prononcé ou pas lors de l'abattage de l'animal), et que le faire serait une perversité. Les *moujtahid* sont partagés sur l'interprétation de ce verset, les uns penchant pour la première signification, les autres pour la seconde.

Un terme polysémique ne peut être compris comme exprimant simultanément deux ou plusieurs de ses acceptions, ce qui amènerait à attribuer plusieurs significations à la fois à la prescription exprimée par le texte. En effet, un terme polysémique exprime alternativement l'une ou l'autre de ses significations et ne peut les exprimer toutes simultanément, et le Législateur ne saurait donc l'avoir employé que dans l'une de ses acceptions. Il serait abusif de vouloir comprendre un terme polysémique dans deux sens à la fois simultanément : cela n'est possible ni en s'en tenant au sens premier des mots, ni en y lisant une signification figurée, et ce serait attribuer aux mots une signification qu'ils ne peuvent linguistiquement avoir. Ainsi, on ne peut considérer que le mot « *al-qour'ou* » dans le verset cité plus haut désigne simultanément la pureté et les menstrues, et que la femme divorcée puisse donc à sa guise observer un délai d'attente soit de trois menstrues, soit de trois périodes de pureté : aucun des niveaux de lecture du texte n'autorise une telle interprétation.

Le problème se pose de la même manière dans les textes du droit positif : lorsqu'un texte comprend un terme polysémique ayant plusieurs significations linguistiques, et que le Législateur n'indique pas dans laquelle de ces acceptions il l'emploie, l'interprétation juridique doit entrer en jeu pour en préciser le sens, en s'appuyant soit sur d'autres textes juridiques, soit sur les principes généraux de la législation ; on ne peut considérer que le terme polysémique exprime simultanément plusieurs significations, car un terme polysémique n'est employé que dans l'une de ses acceptions à la fois, mais est susceptible d'exprimer alternativement des significations différentes dans des contextes différents.

RÈGLE SIX

LES TERMES GÉNÉRAUX ET LEUR SIGNIFICATION

Lorsqu'un texte à portée juridique comprend un terme général et qu'aucune indication ne permet d'en restreindre l'application, il faut prendre en compte sa signification générale et tirer du texte une prescription indiscutable concernant tous les individus désignés par ce terme. Si une indication permet de restreindre l'application du terme général, il faut tirer du texte une prescription conjecturale, et non pas indiscutable, concernant les individus encore désignés par le terme après cette restriction. On ne peut restreindre la portée d'un texte général qu'en s'appuyant sur une indication d'une force probante égale ou supérieure à celle du texte en question.

Définition des termes généraux (*al-'âmm*)

Un terme général exprime linguistiquement la totalité et englobe tous les individus de la classe qu'il désigne. Par exemple, dans la règle juridique : « Tout contrat doit, pour être valide, avoir été conclu par deux parties possédant la capacité pour le faire », l'expression « tout contrat » est générale et englobe sans restriction tout ce qui est désigné par l'appellation « contrat », et non pas un ou des contrats déterminés. De même, dans le *ḥadîth* : « Quiconque déposera les armes sera en sécurité », l'expression « quiconque déposera » est générale et désigne sans restriction tous les individus qui déposent les armes et non pas un ou des individus déterminés.

Par conséquent, l'expression de la généralité relève du lexique : c'est le fait pour un terme d'englober tous les individus de la classe

qu'il désigne. Lorsqu'un terme désigne un seul individu, par exemple « un homme », ou un nombre restreint d'individus, comme dans les expressions « deux hommes », « des hommes », « quelques hommes », « cent hommes » etc., ce n'est pas un terme général. En outre, la différence entre le général et l'indéfini est que le terme général désigne en même temps tous les individus d'une classe, tandis que l'indéfini désigne un ou des individus représentatifs, et non pas tous les individus à la fois. C'est pourquoi les *ou<u>s</u>oûlî* disent : un terme général exprime la généralité par l'exhaustivité, un terme indéfini peut l'exprimer par la substitution.

Les termes exprimant la généralité

En arabe, les mots et expressions exprimant la généralité et désignant tous les individus d'une classe sont les suivants :

1. Le mot « *koull* » (chaque) et le mot « *jamî'* » (tout, tous) : Exemples : Le *<u>h</u>adîth* « Chaque gardien est responsable de ce dont il a la garde » ; le verset :

﴿هُوَ ٱلَّذِى خَلَقَ لَكُم مَّا فِى ٱلْأَرْضِ جَمِيعًا﴾

« *C'est Lui qui a créé pour vous tout ce qui est sur la Terre.* »

(Coran, S.2/V.29)

ou la règle : « Toute faute qui cause un préjudice à autrui oblige son auteur à un dédommagement ».

2. Un terme au singulier déterminé par l'article défini à valeur générique : Voir les versets :

﴿ٱلزَّانِيَةُ وَٱلزَّانِى﴾

« *Le fornicateur et la fornicatrice...* »

(Coran, S.24/V.2)

﴿وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ﴾

« *Le voleur et la voleuse...* »
(Coran, S.5/V.38)

﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ﴾

« *Dieu a permis la vente et Il a interdit l'usure.* »
(Coran, S.2/V.275)

ou la règle : « La vente a pour conséquence le transfert de propriété ». Un terme employé avec l'article défini singulier à valeur générique désigne tous les individus d'une classe et non pas un ou des individus particuliers.

3. Un terme au pluriel déterminé par l'article défini à valeur générique :

﴿وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ﴾

« *Les femmes divorcées doivent observer un délai de trois menstrues (qourou').* »
(Coran, S.2/V.228)

﴿وَٱلْمُحْصَنَٰتُ مِنَ ٱلنِّسَآءِ﴾

« *Et les femmes mariées.* »
(Coran, S.4/V.24)...

ou par un possessif :

﴿خُذْ مِنْ أَمْوَٰلِهِمْ صَدَقَةً﴾

« *Prélève sur leurs biens une aumône.* »
(Coran, S.9/V.103)

﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَٰتُكُمْ﴾

« *Vous sont interdites : vos mères...* »
(Coran, S.4/V.23)

4. Les relatifs :

﴿ وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ ٱلْمُحْصَنَٰتِ ﴾

« *Et ceux qui portent des accusations infamantes contre les femmes honnêtes.* »

(Coran, S.24/V.4)

﴿ وَٱلَّٰٓـِٔي يَئِسْنَ مِنَ ٱلْمَحِيضِ مِن نِّسَآئِكُمْ ﴾

« *Celles de vos femmes qui n'espèrent plus la menstruation.* »

(Coran, S.65/V.4)

﴿ وَأُو۟لَٰتُ ٱلْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾

« *La période d'attente de celles qui sont enceintes prend fin avec l'accouchement.* »

(Coran, S.65/V.4)

﴿ وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ ﴾

« *Les autres (celles qui n'appartiennent pas à ces catégories) vous sont permises.* »

(Coran, S.4/V.24)...

5. Les pronoms indéfinis introduisant des phrases à sens conditionnel (« *man* » dans le sens de « quiconque ») :

﴿ وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَـًٔا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ ﴾

« *Quiconque tue un croyant par erreur, doit affranchir un esclave croyant.* »

(Coran, S.4/V.92)

﴿مَّن ذَا ٱلَّذِى يُقْرِضُ ٱللَّهَ قَرْضًا حَسَنًا فَيُضَٰعِفَهُۥ لَهُۥٓ أَضْعَافًا كَثِيرَةً﴾

« *Quiconque fait un beau prêt à Dieu, Il le lui rendra en le multipliant.* »

(Coran, S.2/V.245)...

6. La négation « *lâ* » portant sur un nom indéterminé (« aucun », « pas de ») : « (Ne causez) pas de tort à autrui et (n'acceptez) pas de préjudice », « Pas d'émigration après la prise de La Mecque », ou :

﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ﴾

« *Aucun péché ne vous sera imputé* »

(Coran, S.4/V.102) etc.

Chacune de ces tournures désigne, au sens propre, l'ensemble des individus d'une classe ; elles peuvent avoir une signification non exhaustive dans un sens imagé, mais il est nécessaire de s'appuyer sur un indice pour pouvoir leur attribuer un tel sens.

La signification des termes généraux

Les *ouṣoûlî* s'accordent à considérer que tous les termes généraux mentionnés ci-dessus désignent linguistiquement tous les membres de la classe à laquelle ils s'appliquent, et que lorsqu'un tel terme est présent dans un texte de la charia il signifie que ce texte s'applique à tous les individus de la classe ainsi désignée, sans restriction, sauf si une indication permet de faire exception de certains de ces individus. Ils ne divergent que sur la question de savoir si un terme général dont aucun indice ne permet de restreindre la portée a une signification indiscutable ou conjecturale.

Selon les uns, dont les chafi'ites, un terme général dont la portée n'est pas restreinte paraît, au niveau littéral, exprimer la généralité, mais sa signification n'est pas indiscutable. Son application à tous les individus d'une classe est donc une signification conjecturale, et si une exception restreint cette application, le terme désigne, également

de façon conjecturale, les individus non concernés par l'exception : dans un cas comme dans l'autre, la signification du terme général est pour eux conjecturale. Par conséquent, ils considèrent que l'on peut dans tous les cas restreindre la portée d'un terme général en s'appuyant sur une indication conjecturale, qu'il s'agisse ou non de la première restriction apportée au sens du terme. En effet, la portée d'un texte conjectural peut être restreinte par une indication également conjecturale. En outre, si un texte général s'oppose à un texte restrictif indiscutable, il n'y a pas selon eux de contradiction puisque la contradiction n'est pertinente qu'entre deux textes indiscutables ou entre deux textes conjecturaux : ils appliquent donc le texte restrictif à ce qu'il concerne, et le texte général au reste. Leur position se fonde sur le fait que l'étude des Textes de la charia contenant des termes généraux montre que pratiquement tous les termes généraux sont concernés par une restriction, et qu'ils ne conservent qu'exceptionnellement leur portée générale ; en outre, dans ce dernier cas c'est un indice qui montre que le terme conserve sa portée générale. Donc, puisque la grande majorité des termes généraux ne conservent pas leur portée générale, lorsqu'un terme général n'est pas accompagné d'indication permettant d'en restreindre la portée, on doit néanmoins considérer que sa signification est susceptible d'être restreinte : c'est pourquoi les tenants de cette position disent que la signification générale d'un terme général dont la portée n'est pas restreinte par une indication est apparente, et non pas indiscutable.

Selon les autres, dont les hanafites, un terme général dont la portée n'est pas restreinte exprime la généralité de façon indiscutable, c'est-à-dire qu'il désigne de façon indiscutable tous les individus de la classe. Si une exception restreint la portée d'un terme général, ce terme désigne de façon conjecturale les individus non concernés par l'exception. La conséquence de cette position est qu'il n'est pas admissible de restreindre pour la première fois la portée d'un terme général en s'appuyant sur une indication conjecturale, quoique cela soit possible lorsqu'une restriction a déjà été appliquée à ce terme général. En effet, si une restriction lui a déjà été appliquée, la signification du terme général est devenue conjecturale, et un texte conjectural peut en restreindre un autre. Par ailleurs, une contradiction peut survenir entre un texte général n'ayant pas subi de restriction, et un texte restrictif indiscutable, puisque tous deux sont indiscutables.

Cette position s'appuie sur les arguments suivants : un terme général désigne, au sens propre, tous les individus de la classe à laquelle il s'applique ; or, un terme non qualifié exprime son sens premier de façon indiscutable ; donc un terme général non accompagné d'indication restrictive exprime indiscutablement la généralité, et ne peut être interprété différemment sans indication en ce sens. C'est pourquoi les Compagnons, les Musulmans de la seconde génération et les imams pionniers de l'*ijtihâd* ont utilisé comme argument juridique la signification générale des termes généraux non qualifiés, et ont réprouvé qu'on en restreigne l'application sans indication en ce sens. Lorsqu'une indication permet de restreindre la portée d'un terme général, ce terme n'est plus employé dans son sens premier, qui est la généralité, mais dans un sens imagé, le terme général désignant en réalité un groupe restreint d'individus. Il devient donc possible de faire subir à ce terme d'autres restrictions, par analogie avec la première, puisque la raison d'être de la première restriction peut se vérifier chez d'autres individus : c'est comme si la première restriction avait ouvert une brèche dans la généralité du terme, et ainsi permis d'en ouvrir d'autres. Par conséquent, un terme général ayant fait l'objet d'une première restriction ne désigne plus que de façon conjecturale l'ensemble des individus non concernés par la première exception.

Après avoir évalué les arguments et les exemples donnés par les tenants de chacune de ces positions, il m'apparaît qu'en pratique les différences entre les deux ne sont pas essentielles. En effet, les uns et les autres s'accordent à considérer qu'il faut s'en tenir à la signification générale d'un terme général tant qu'aucune indication ne permet de la restreindre, que l'application d'un terme général est susceptible d'être restreinte s'il existe une indication en ce sens, mais que restreindre cette application sans s'appuyer sur une indication serait une interprétation arbitraire. Ceux qui arguent qu'un terme général non restreint par une indication exprime la généralité de façon indiscutable ne veulent pas dire pour autant que l'application de ce terme ne soit absolument pas susceptible d'être restreinte, mais seulement qu'il faut une indication pour cela. Et ceux qui considèrent qu'un tel terme exprime la généralité de façon conjecturale ne veulent pas dire que sa signification doive forcément être restreinte, mais bien qu'elle peut être restreinte s'il existe une indication en ce sens.

Les catégories de termes généraux

L'étude approfondie des Textes permet de diviser les termes généraux en trois catégories :

1. Le terme général exprimant indiscutablement la généralité : c'est le terme général accompagné d'un indice écartant toute possibilité de restriction. On en trouve, par exemple, dans les versets :

﴿وَمَا مِن دَآبَّةٍ فِي ٱلْأَرْضِ إِلَّا عَلَى ٱللَّهِ رِزْقُهَا﴾

« *Il n'est pas de bête sur la Terre dont la subsistance n'incombe à Dieu.* »

(Coran, S.11/V.6)

﴿وَجَعَلْنَا مِنَ ٱلْمَآءِ كُلَّ شَيْءٍ حَيٍّ﴾

« *Et Nous avons fait, à partir de l'eau, toute chose vivante.* »

(Coran, S.21/V.30)

Ces deux versets décrivent des vérités immuables et invariables, relevant de l'ordre divin : les termes généraux qu'ils contiennent expriment indiscutablement la généralité et ne sont pas susceptibles de recevoir une interprétation restrictive.

2. Le terme général dont la signification est indiscutablement restreinte : c'est le terme général accompagné d'une indication en restreignant la portée et montrant qu'il ne s'applique en réalité qu'à certains individus. Ainsi, par exemple, dans la Parole de Dieu :

﴿وَلِلَّهِ عَلَى ٱلنَّاسِ حِجُّ ٱلْبَيْتِ﴾

« *Dieu a prescrit aux hommes, comme devoir envers Lui, de se rendre en pèlerinage à la Maison.* »

(Coran, S.3/V.97)

L'expression « aux hommes » (en arabe *an-nâs*) a un sens général,

mais sa portée est restreinte aux seules personnes responsables, car la logique impose d'exclure de ce devoir les enfants et les aliénés. De même, dans la Parole de Dieu :

﴿مَا كَانَ لِأَهْلِ ٱلْمَدِينَةِ وَمَنْ حَوْلَهُم مِّنَ ٱلْأَعْرَابِ أَن يَتَخَلَّفُوا۟ عَن رَّسُولِ ٱللَّهِ﴾

« Il n'appartient pas aux habitants de Médine, ni à ceux des Bédouins qui sont autour d'eux, de rester en arrière du Prophète de Dieu. »

(Coran, S.9/V.120)

les termes « aux habitants de Médine » et « ceux des Bédouins qui sont autour d'eux » ont un sens général et désignent tous les individus appartenant à ces deux catégories ; dans le texte toutefois, ils ne concernent que les personnes valides appartenant à ces deux groupes, car la logique impose d'exclure les invalides du devoir de prendre les armes. Ces expressions générales ont donc en réalité une signification restreinte, et ne sont pas susceptibles d'être interprétées dans un sens exhaustif.

3. Le terme général non précisé, c'est-à-dire non accompagné d'une indication permettant d'affirmer soit que sa portée ne peut être restreinte, soit qu'elle doit l'être. C'est le cas de la plupart des textes comportant des termes généraux : ils ne contiennent pas d'indice permettant, par une analyse lexicale ou en jugeant selon la logique ou l'usage, de déterminer si la signification est en réalité générale ou restreinte. On considère que la signification littérale ou apparente de ces textes est la généralité, tant qu'on ne rencontre pas d'indication en restreignant la portée. Citons par exemple le verset :

﴿وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ﴾

« Et les femmes divorcées doivent observer un délai. »

(Coran, S.2/V.228)

Ach-Chawkânî explique en ces termes la différence entre une expression générale à signification restreinte et une expression

générale non précisée : « Une expression générale à signification restreinte est un terme général accompagné, dans le même énoncé, d'un indice montrant qu'il doit être compris dans un sens restreint et non exhaustif : ainsi, la portée des injonctions générales est en réalité restreinte aux personnes responsables car la logique impose d'en exclure les personnes non responsables ; ou encore, le verset :

﴿تُدَمِّرُ كُلَّ شَيْءٍ بِأَمْرِ رَبِّهَا﴾

« *Détruisant tout, par le commandement de son Seigneur.* »
(Coran, S.46/V.25)

Il signifie « tout ce qui peut être détruit ».

Par contre, une expression générale non précisée n'est pas accompagnée d'indices montrant qu'elle désigne certains individus à l'exclusion de certains autres : on la prend dans sa signification littérale de généralité, tant qu'on ne rencontre pas d'indication en restreignant la portée. »

La restriction d'une signification générale

Selon la terminologie des *ou<u>s</u>oûlî*, la restriction (*takh<u>s</u>î<u>s</u>*) d'une signification générale est la preuve que le Législateur a employé le terme général pour désigner certains individus et non pas tous, et donc que la prescription a, dès sa promulgation, une portée restreinte. Ainsi, le *<u>h</u>adîth* « On ne coupe pas la main de celui qui a volé moins du quart d'un dinar » restreint la signification générale de la Parole de Dieu suivante :

﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا﴾

« *Le voleur et la voleuse, coupez-leur la main.* »
(Coran, S.5/V.38)

Car il montre que la sanction consistant à couper la main du voleur n'a pas été prescrite pour tous les voleurs sans exception. De même,

le *hadîth* « Le meurtrier n'hérite pas de sa victime » restreint la portée des termes généraux employés dans les versets concernant l'héritage, car il montre que les prescriptions concernant l'héritage ne s'appliquent pas à tous les proches du défunt sans exception.

Par contre, si une prescription a été promulguée dans un premier temps à l'intention de tous les individus désignés par un terme général, puis que le Législateur a jugé utile par la suite d'en limiter l'application à certains individus seulement, et qu'une indication nouvelle est venue justifier cette limitation, les *ousoûlî* ne parlent pas alors de restriction (*takhsîs*) mais d'abrogation partielle (*naskh jouz'î*), car il y a annulation de l'application d'une prescription générale à certains individus. Ainsi, par exemple, le verset :

﴿ وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَٰجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَآءُ إِلَّآ أَنفُسُهُمْ
فَشَهَٰدَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَٰدَٰتٍۭ بِٱللَّهِ ۙ إِنَّهُۥ لَمِنَ ٱلصَّٰدِقِينَ ٦ ﴾

« *Et ceux qui lancent des accusations contre leurs épouses et n'ont pas d'autre témoin qu'eux-mêmes, leur témoignage consiste à témoigner à quatre reprises, au nom de Dieu, qu'ils disent la vérité.* »

(Coran, S.24/V.6)

Il abroge partiellement la prescription générale exprimée par la Parole de Dieu :

﴿ وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ ٱلْمُحْصَنَٰتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا۟ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَآءَ
فَٱجْلِدُوهُمْ ثَمَٰنِينَ جَلْدَةً ﴾

« *Et ceux qui lancent des accusations infamantes contre les femmes honnêtes, sans pouvoir produire quatre témoins, sont passibles de quatre-vingts coups de fouet.* »

(Coran, S.24/V.4)

En effet, les termes généraux du second verset désignent tous les accusateurs, que ceux-ci accusent leurs épouses ou d'autres femmes :

la prescription a tout d'abord été promulguée avec une portée générale, puis une indication nouvelle (le verset concernant le serment de l'époux) est venue en limiter l'application aux hommes qui accusent d'autres femmes que leurs épouses. C'est ce que montre le *ḥadîth* d'Ibn Mas'oûd : Comme nous étions assis à la mosquée une veille de vendredi, un homme des *ansâr* entra et dit : « Envoyé de Dieu, que doit faire un homme qui trouve un autre homme avec sa femme ? S'il le tue, vous le tuerez, s'il parle vous le fouetterez, et s'il se tait il devra étouffer sa colère. » Puis il s'exclama : « Mon Dieu, ouvre-moi une issue ! » C'est alors que fut révélé le verset du serment de la sourate *an-Noûr*, « La lumière » : « *Et ceux qui lancent des accusations contre leurs épouses...* »

Par conséquent, on ne parlera de restriction que lorsque l'indication limitative est contemporaine du texte prescriptif général, car cette simultanéité prouve que la portée de la prescription était restreinte dès sa promulgation. Si l'indication limitative est postérieure au texte prescriptif général, on parlera d'abrogation partielle.

Les indications restrictives

L'indication restrictive peut soit être partie intégrante du texte général, soit en être indépendante. Les indications faisant partie du texte lui-même sont le plus souvent : l'exception, la condition, la spécification, la fixation d'un terme ou d'une limite. En voici des exemples :

— L'exception : la Parole de Dieu, dans le verset concernant les dettes, après l'injonction de consigner par écrit les dettes auxquelles une échéance a été fixée :

﴿إِلَّآ أَن تَكُونَ
تِجَٰرَةً حَاضِرَةً تُدِيرُونَهَا بَيْنَكُمْ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ
أَلَّا تَكْتُبُوهَا﴾

« *À moins qu'il ne s'agisse d'une marchandise présente que vous négociez entre vous : dans ce cas aucun péché ne vous sera imputé si vous ne l'écrivez pas.* »

(Coran, S.2/V.282)

— La condition : voir le verset :

﴿ وَإِذَا ضَرَبْتُمْ
فِي ٱلْأَرْضِ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَن تَقْصُرُوا۟ مِنَ ٱلصَّلَوٰةِ إِنْ خِفْتُمْ
أَن يَفْتِنَكُمُ ٱلَّذِينَ كَفَرُوٓا۟ ﴾

« *Lorsque vous êtes en campagne, il vous est permis d'écourter la prière, si vous craignez une attaque à l'improviste des infidèles.* »

(Coran, S.4/V.101)

— La spécification : voir le verset :

﴿ مِّن نِّسَآئِكُمُ ٱلَّٰتِى دَخَلْتُم بِهِنَّ ﴾

« *De vos femmes avec qui vous avez consommé le mariage.* »

(Coran, S.4/V.23)

— La fixation d'une limite : voir le verset :

﴿ وَأَيْدِيَكُمْ إِلَى ٱلْمَرَافِقِ ﴾

« *Et vos bras jusqu'aux coudes.* »

(Coran, S.5/V6)

Les principales indications indépendantes proviennent de la logique, de l'usage, d'un texte ou de l'objectif général de la Loi.

Nous avons cité plus haut des exemples d'indications restrictives basées sur la logique, avec la restriction aux seules personnes

responsables de la signification générale des mots « aux hommes » dans la Parole de Dieu :

﴿ وَلِلَّهِ عَلَى ٱلنَّاسِ حِجُّ ٱلْبَيْتِ ﴾

« *Dieu a prescrit aux hommes, comme devoir envers Lui, de se rendre en pèlerinage à la Maison.* »

(Coran, S.3/V.97)

et de même la restriction de toute injonction générale aux personnes responsables ; ou encore la restriction aux seules personnes valides de l'ordre fait aux habitants de Médine et aux Bédouins des alentours de participer au *jihâd* aux côtés du Prophète (ﷺ). La base logique de ces restrictions est qu'un discours ne peut s'adresser qu'à ceux qu'il peut concerner, et donc qu'une injonction ne peut s'adresser qu'aux personnes ayant la capacité requise pour l'exécuter. Cette restriction imposée par la logique est confirmée par la charia dans son ensemble, et se retrouve également dans le droit positif.

Parmi les restrictions basées sur l'usage, citons la restriction de la portée du terme « les mères » dans le verset :

﴿ وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ﴾

« *Et les mères allaiteront leurs enfants deux ans complets.* »

(Coran, S.2/V.233)

pour faire exception des femmes de haut rang qui n'étaient pas habituellement obligées d'allaiter elles-mêmes leurs enfants ; l'imam Mâlik interprétait le verset avec cette restriction. Ou encore, la restriction des aliments, dans le *ḥadîth* où le Prophète (ﷺ) interdit de vendre avec surplus un aliment contre un aliment de même nature, aux denrées communément désignées à cette époque par le terme « *ṭa'âm* » (aliment) ; ou la restriction aux choses susceptibles d'être détruites, de la signification du verset :

﴿ تُدَمِّرُ كُلَّ شَىْءٍۭ بِأَمْرِ رَبِّهَا ﴾

« *Détruisant tout, par le commandement de son Seigneur.* »
(Coran, S.46/V.25)

Dans ce dernier exemple, certains *ou<u>s</u>oûlî* considèrent que la restriction est basée sur l'évidence fournie par nos sens, d'autres qu'elle est basée sur la logique — mais le résultat est le même. La même problématique se retrouve en théorie du droit positif : il est fréquent que l'usage pousse à restreindre la portée générale des articles d'une loi, ou que l'usage commercial restreigne les termes généraux d'un contrat.

Quant à la restriction fondée sur un texte, nous en avons donné diverses illustrations plus haut, par exemple le verset concernant les femmes divorcées avec lesquelles le mariage n'a pas été consommé :

﴿فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا﴾

« *Vous ne pouvez leur imposer un délai d'attente.* »
(Coran, S.33/V.49)

Ce verset restreint la portée générale du verset :

﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾

« *Et les femmes divorcées doivent observer un délai de trois menstrues.* »
(Coran, S.2/V.228)

Les *ou<u>s</u>oûlî* considèrent unanimement que la signification d'un verset général du Coran peut être restreinte par un autre verset ou par un *<u>h</u>adîth* avéré (*moutawâtir*), car le Coran et la sunna *moutawâtira* constituent des preuves indiscutables et peuvent donc se restreindre mutuellement. Ils s'accordent dans l'ensemble à admettre la restriction du Coran par un texte de la sunna même lorsque celui-ci n'est pas avéré, dans la mesure où cela a eu lieu en pratique sans susciter de controverse. Ainsi, le *<u>h</u>adîth* disant de la mer « Son eau est pure et ses bêtes mortes sont licites » restreint la portée générale du verset :

﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ ٱلْمَيْتَةُ ﴾

« *Vous sont interdits la bête morte...* »
(Coran, S.5/V.3)

Le *ḥadîth* « Le meurtrier n'hérite pas de sa victime » restreint la portée générale des versets concernant l'héritage ; le *ḥadîth* « On ne coupe pas la main de celui qui a volé moins du quart d'un dinar » restreint la signification générale de la Parole de Dieu :

﴿ وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓا۟ أَيْدِيَهُمَا ﴾

« *Le voleur et la voleuse, coupez-leur la main.* »
(Coran, S.5/V.38)

Le *ḥadîth* « La parenté par l'allaitement crée les mêmes interdictions que la parenté par le sang » restreint la portée générale du verset :

﴿ وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ ﴾

« *Les autres femmes vous sont permises.* »
(Coran, S.4/V.24), etc.

L'argument selon lequel certains de ces *ḥadîth* sont avérés ou notoires ne peut être démontré, et cette position est la plus juste. Quant à ceux qui refusent de restreindre la portée générale d'un texte coranique par un *ḥadîth* autre qu'avéré, ils se heurtent à de nombreux cas de restrictions effectuées par le Prophète (ﷺ), qu'ils ne peuvent ni nier, ni interpréter, et dont ils ne peuvent pas non plus prouver le caractère avéré.

De la même façon, il est fréquent dans le droit positif que des textes de loi restreignent la portée d'autres textes généraux. Ainsi, l'application de l'article 164 du droit civil égyptien qui stipule que la personne ayant commis un acte illégal n'est juridiquement responsable et ne doit dédommagement pour les préjudices causés que dans

la mesure où elle est en possession de toutes ses facultés, est restreinte par le deuxième paragraphe de cet article, stipulant que lorsque personne n'est légalement responsable de l'individu ne disposant pas de toutes ses facultés, ou que l'on ne peut obtenir le dédommagement nécessaire de la personne qui en est responsable, le juge peut imposer à l'auteur du préjudice le versement d'un dédommagement équitable.

Enfin, rappelons qu'il faut prendre en compte, dans un texte, la signification générale de ses termes et non pas les circonstances particulières qui l'ont occasionné. Les causes particulières de la promulgation d'une prescription ne peuvent servir à en restreindre la portée, si cette prescription est énoncée en des termes généraux. C'est la signification générale des termes du texte qui doit être prise en compte, même si ce texte constitue la réponse à une question ou à un événement précis. En effet, ce qui a force de loi ce sont les termes du texte émanant du Législateur : un texte exprimé en termes généraux doit recevoir une application générale, car le fait que dans son jugement le Législateur ait dépassé les circonstances particulières de la question ou de l'événement pour employer des termes généraux, indique qu'Il n'a pas jugé bon de prendre en considération ces circonstances particulières.

Par exemple, on rapporte que certains croyants demandèrent au Prophète (ﷺ) : « Envoyé de Dieu, nous voyageons en mer, et si nous faisons nos ablutions avec l'eau que nous avons à bord nous craignons d'en manquer pour boire. Pouvons-nous faire nos ablutions à l'eau de mer ? » Le Prophète (ﷺ) répondit : « Son eau est pure et ses bêtes mortes sont licites ». La formulation de cette réponse en termes généraux indique que l'eau de mer est pure pour tous les usages, et cela, que l'on se trouve ou non dans une situation de nécessité. C'est donc cette signification générale qui doit être appliquée, et il ne faut pas tenir compte du fait que la question ne concernait que les ablutions, ni de la situation de nécessité (la crainte de la soif) évoquée par les auteurs de cette question. De même, on rapporte que la femme de Sa'd ibn ar-Rabî' dit : « Envoyé de Dieu, Sa'd ibn ar-Rabî', qui a été tué à tes côtés à Ouhoud, a laissé ces deux filles : leur oncle paternel a pris leurs biens, et elles ne peuvent se marier si elles ne possèdent rien. » Le Prophète (ﷺ) dit à l'oncle des deux filles : « Donne les deux-tiers aux deux filles, le huitième à l'épouse, et le reste t'appartient. » La signification générale de ce *hadîth* indique que les deux filles du défunt ont droit aux deux-tiers de

l'héritage, et on n'a pas à tenir compte de circonstances comme le fait que les filles ne possédaient rien d'autre ou que leur père avait été tué à Ouhoud. Pour citer un dernier exemple, le Prophète (ﷺ) passa près du cadavre d'une brebis appartenant à Maymoûna et dit : « Toute peau tannée devient pure. » Donc, la peau de n'importe quel animal, et pas seulement de la brebis, est pure une fois qu'elle a été tannée.

Al-Âmidî écrit dans "Al-ihkâm" : La plupart des prescriptions générales ont été promulguées à l'occasion de circonstances particulières. Ainsi, le verset du vol a été révélé à l'occasion du vol d'un bouclier ou du manteau de Safouân, le verset interdisant la formule de répudiation par laquelle un homme identifiait sa femme au dos de sa mère a été révélé au sujet de Maslama ibn Sakhr, le verset concernant la malédiction contradictoire lors d'accusations portées par l'époux a été révélé au sujet de Hilâl ibn Oumayya, etc. Les Compagnons ont donné une application générale à ces prescriptions sans que cela ne suscite de controverse, ce qui prouve que l'occasion particulière d'une prescription ne suffit pas à en restreindre l'application lorsque cette prescription est énoncée en termes généraux. Certes, lorsqu'un texte répond par oui ou par non, ou quelque chose d'approchant, à une question dont il n'est pas indépendant, il conserve la valeur générale ou restreinte attachée à la question. Ainsi, nous avons une réponse de portée générale à une question de portée générale dans le *hadîth* selon lequel les Musulmans demandèrent au Prophète (ﷺ) si l'on pouvait vendre des dattes fraîches contre des dattes sèches ; il demanda : « Est-ce que les dattes fraîches diminuent en séchant ? » Ils répondirent que oui. Il dit alors : « Donc, non. » Par contre, nous avons une réponse de portée restreinte à une question de portée restreinte dans le *hadîth* où le Prophète (ﷺ) dit à Aboû Bourda, qui lui avait demandé s'il pouvait s'acquitter du devoir du sacrifice avec une chèvre : « Cela suffira pour toi, mais cela ne suffira pour personne d'autre après toi. »

Tant qu'une prescription énoncée en réponse à une question demeure liée à cette question et en reprend les termes, et qu'elle n'est pas formulée de façon indépendante, elle conserve donc la valeur générale ou restreinte attachée à la question.

Quand une réponse ne demeure pas liée à la question et est formulée en des termes généraux, elle a une signification générale et on ne saurait tenir compte des circonstances particulières qui l'ont occasionnée. Cette problématique se retrouve dans le droit positif : ainsi, l'article déterminant l'âge minimum du mariage, les articles

invalidant le mariage, le divorce ou la prétention à une pension alimentaire dans certains cas, ou encore l'article 115 de la Constitution égyptienne qui stipulait que le Parlement serait renouvelé par moitié tous les cinq ans, tous ces articles sont des dispositions générales et on ne doit pas tenir compte des circonstances particulières du ou des événements qui ont conduit à leur promulgation. En effet, comme l'a fait remarquer l'imam ach-Châfi'î, l'occasion d'une prescription n'est d'aucune conséquence, seuls ses termes sont pertinents. Notons enfin la différence entre la question ou l'événement qui a été l'occasion de la promulgation d'un texte, et le but (*ḥikma*) de la prescription. Le but d'une prescription énoncée en termes généraux peut en effet, de l'avis unanime des juristes, en restreindre la portée, tandis que c'est des circonstances ayant occasionné la promulgation d'une prescription qu'ils parlent lorsqu'ils disent : il faut tenir compte des termes généraux et non pas de la cause particulière.

RÈGLE SEPT

LES TERMES RESTRICTIFS ET LEUR SIGNIFICATION

Lorsque les termes d'un texte sont restrictifs, la prescription s'applique indiscutablement à ce qu'il désigne, en l'absence d'indication permettant d'interpréter ce terme pour en étendre la signification. Lorsque les termes du texte sont indéfinis, la prescription qu'il exprime s'applique sans limitation en l'absence d'indication venant la qualifier. Lorsque les termes du texte expriment un ordre, il signifie l'obligation d'exécuter cet ordre en l'absence d'indication lui conférant un autre sens, et lorsque les termes du texte expriment l'interdiction il signifie que l'acte mentionné est illicite, en l'absence d'indication lui conférant un autre sens.

Définition des termes restrictifs (*al-khâṣṣ*) : ce sont les termes désignant nommément un seul individu, par exemple Mohammad, ou désignant un individu indéfini, comme « un homme », ou encore un nombre fini d'individus, comme trois, dix, cent hommes, un groupe etc. Ce sont donc des termes qui désignent un nombre limité d'individus et non pas tous les individus d'une classe.

Un terme restrictif peut être indéfini ou qualifié, il peut être une injonction de faire quelque chose, par exemple « Crains Dieu », ou de s'abstenir de quelque chose, comme « N'espionnez pas ». Les différentes catégories de termes restrictifs sont donc : l'indéfini, le défini, l'ordre et l'interdiction.

En principe, lorsqu'un texte contient un terme restrictif, il désigne de manière indiscutable les individus particuliers correspondant à son sens premier, et la prescription qu'il exprime s'applique de manière

indiscutable, et non pas conjecturale, aux individus ainsi désignés. Par exemple, dans la Parole de Dieu :

﴿فَكَفَّـٰرَتُهُۥٓ إِطْعَـٰمُ عَشَرَةِ مَسَـٰكِينَ﴾

« *L'expiation en sera de nourrir dix pauvres*. »
(Coran, S.5/V.89)

La prescription exprimée est l'obligation de nourrir dix pauvres, et on ne peut interpréter le texte pour augmenter ou diminuer ce nombre. De même, le *ḥadîth* « Sur quarante moutons, un mouton est dû » fixe à quarante le nombre de moutons sur lequel la *zakât* est exigible, et fixe le taux d'imposition à un mouton, et ces nombres ne sont pas susceptibles d'être augmentés ni diminués.

Toutefois, si une indication permet d'interpréter ce terme restrictif dans un sens différent, on le comprendra dans le sens requis par cette indication. Ainsi, nous avons vu que les juristes hanafites étendent la signification du terme « un mouton », dans le *ḥadîth* ci-dessus, à tout bien d'une valeur équivalente à celle d'un mouton. Suivant la même logique, ils étendent également la signification de la mesure d'orge ou de dattes constituant l'aumône de rupture du jeûne (*zakât al-fiṭr*) à tout bien d'une valeur équivalente, et ils étendent la signification de la mesure de dattes mentionnée dans le *ḥadîth* concernant la brebis dont on a laissé s'accumuler le lait, à tout dédommagement correspondant au préjudice causé.

Lorsqu'un terme restrictif n'est pas qualifié, il faut le comprendre dans son sens indéfini, et lorsqu'il est qualifié il faut tenir compte de la précision ainsi apportée pour le comprendre dans un sens défini.

La différence entre « un terme indéfini » (*muṭlaq*) et « un terme défini » (*mouqayyad*) est la suivante : le terme indéfini désigne un individu sans l'identifier précisément, comme: « un Égyptien », « un homme », « un oiseau » ; le terme défini ou qualifié désigne un individu identifié au moyen d'un élément de qualification, comme : « un Égyptien musulman », « un homme honnête », « un oiseau blanc ».

Un terme indéfini se comprend dans son sens indéfini tant qu'aucune indication ne permet de le qualifier. Si une indication apporte un élément de qualification, le terme n'est plus pris dans son sens premier et sa signification est ainsi précisée.

Par exemple, dans la Parole de Dieu :

﴿مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصِي بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍ﴾

« *Après exécution d'un testament qu'il aurait fait ou paiement d'une dette.* »

(Coran, S.4/V.11)

le testament est indéfini, mais sa signification est qualifiée par le *hadîth* limitant le testament au tiers de l'héritage : le terme employé dans le verset désigne donc un testament ne dépassant pas le tiers du montant de l'héritage.

Si un même terme est employé dans deux textes de la charia, et qu'il est indéfini dans l'un et défini dans l'autre, c'est du sens défini que l'on tient compte lorsque les deux textes portent sur le même sujet, c'est-à-dire énoncent la même prescription en lui attribuant la même cause : on considère que le terme indéfini a le même référent que le terme défini, car la différence entre indéfini et défini n'est pas pertinente étant donné l'identité des deux prescriptions et des deux causes ; le terme indéfini est donc qualifié par l'élément de qualification contenu dans le terme défini.

Par exemple, dans le verset de la sourate *al-Mâ'ida*, « La table servie » :

﴿حُرِّمَتۡ عَلَيۡكُمُ ٱلۡمَيۡتَةُ وَٱلدَّمُ وَلَحۡمُ ٱلۡخِنزِيرِ﴾

« *Vous sont interdits la bête morte, le sang, la viande de porc...* »

(Coran, S.5/V.3)

Le terme de « sang » n'est pas défini. Dans le verset de la sourate *al-An'âm*, « Les bestiaux » :

﴿قُل لَّآ أَجِدُ
فِي مَآ أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا عَلَىٰ طَاعِمٖ يَطۡعَمُهُۥٓ إِلَّآ أَن يَكُونَ﴾

﴿مَيْتَةً أَوْ دَمًا مَسْفُوحًا﴾

« *Dis : je ne trouve rien, en ce que Dieu m'a révélé, dont il soit interdit de se nourrir, à part la bête morte, le sang répandu.* »

(Coran, S.6/V.145)

Le terme « sang » est qualifié par l'adjectif « répandu ». Donc, le mot « sang » utilisé dans le premier verset cité désigne le sang répandu interdit explicitement dans le second. En effet, les deux versets expriment la même prescription, l'interdiction, et la lient à la même cause, le fait qu'il s'agit de sang. Si le sang désigné était n'importe quel sang, il n'aurait pas été utile d'ajouter la qualification « répandu ».

Si les deux textes diffèrent quant à la prescription qu'ils expriment ou la cause qu'ils lui attribuent, ou les deux, on ne doit pas appliquer au terme indéfini les qualifications apportées par le terme défini : l'indéfini doit être appliqué comme tel dans le contexte auquel il appartient, et le défini doit, lui aussi, être appliqué comme tel dans le contexte auquel il appartient. En effet, une différence au niveau de la prescription et de sa cause, ou de l'une des deux, suffit à justifier que le terme soit indéfini dans un cas et défini dans l'autre. Telle est la position des hanafites et de la plupart des malikites. Les chafi'ites sont du même avis si les deux textes diffèrent à la fois au niveau de la prescription et de la cause, ou seulement au niveau de la prescription, mais ils appliquent au terme indéfini les qualifications apportées par le terme défini lorsque les deux textes ne diffèrent qu'au niveau de la cause et expriment la même prescription.

Voici un exemple où deux textes expriment deux prescriptions différentes liées à une même cause : les deux parties du verset :

﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓا۟ إِذَا قُمْتُمْ إِلَى ٱلصَّلَوٰةِ فَٱغْسِلُوا۟ وُجُوهَكُمْ وَأَيْدِيَكُمْ إِلَى ٱلْمَرَافِقِ﴾

« *Ô vous qui croyez, quand vous vous levez pour la prière lavez-vous le visage et* les mains jusqu'aux coudes... »

(Coran, S.5/V6.)

Et plus loin :

﴿ فَتَيَمَّمُوا۟ صَعِيدًا طَيِّبًا
فَٱمْسَحُوا۟ بِوُجُوهِكُمْ وَأَيْدِيكُم مِّنْهُ ﴾

« *Recourez à du bon sable et passez-le sur vos visages et sur* vos mains. »

(Coran, S.5/V.6)

Dans un cas comme dans l'autre, la cause de la prescription est la purification en vue d'accomplir la prière ; mais dans le premier cas, la prescription concerne l'obligation de se laver, et dans la seconde l'obligation d'accomplir les ablutions sèches (*tayammoum*). Ce même type de différence se retrouve entre les deux parties du verset :

﴿ وَأُمَّهَٰتُ نِسَآئِكُمْ ﴾

« *Et les mères de* vos femmes »

(Coran, S.4/V.23)

Et :

﴿ وَرَبَٰٓئِبُكُمُ ٱلَّٰتِى فِى حُجُورِكُم مِّن نِّسَآئِكُمُ
ٱلَّٰتِى دَخَلْتُم بِهِنَّ ﴾

« *Et vos belles-filles nées de* vos femmes avec qui vous avez consommé le mariage. »

(Coran, S.4/V.23)

Voici un exemple de deux textes exprimant la même prescription mais la liant à deux causes différentes : Dieu dit au sujet de l'expiation de l'homicide involontaire d'un croyant :

﴿ وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَـًٔا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ ﴾

« *Quiconque tue un croyant par erreur, doit affranchir* un esclave croyant *et payer le prix du sang à la famille de la victime*. »

(Coran, S.4/V.92)

Il dit également à propos de l'expiation due par l'homme qui a répudié sa femme en l'identifiant au dos de sa mère :

﴿وَٱلَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ
لِمَا قَالُوا۟ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِّن قَبْلِ أَن يَتَمَآسَّا﴾

« *Ceux qui répudient leurs femmes, en déclarant qu'elles sont pour eux comme le dos de leur mère, puis reviennent sur ce qu'ils ont dit, doivent affranchir* un esclave *avant d'avoir aucun contact avec elles*. »

(Coran, S.58/V.3)

De même, le verset sur le témoignage concernant une dette stipule :

﴿وَٱسْتَشْهِدُوا۟ شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ﴾

« *Faites-en témoigner* deux témoins parmi vos hommes. »

(Coran, S.2/V.282)

Celui sur le témoignage concernant le retour d'une femme répudiée stipule :

﴿وَأَشْهِدُوا۟ ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾

« *Prenez* deux témoins équitables parmi vous. »

(Coran, S.65/V.2)

Ici, les deux premiers versets expriment la même prescription, l'obligation d'affranchir un esclave, mais pour des causes différentes : d'une part l'homicide involontaire d'un croyant, d'autre part

le désir de reprendre une épouse injustement répudiée. Les deux versets cités dans le second exemple expriment également la même prescription, à savoir l'obligation de prendre deux témoins, mais pour des causes différentes : d'une part une dette, d'autre part le retour d'une épouse.

Donc, un terme défini ne précise le sens d'un terme indéfini que lorsqu'ils sont employés dans le même contexte, c'est-à-dire pour la même prescription liée à la même cause. S'il existe une différence au niveau de la prescription, de la cause ou des deux à la fois, le terme indéfini n'est pas compris dans le sens du terme défini, mais conserve dans son contexte son sens indéfini, tandis que le terme défini conserve lui aussi, dans son contexte, son sens défini. C'est que la différence de prescription peut justifier la différence entre le sens indéfini et le sens défini.

Par exemple, dans l'exemple cité plus haut, le texte concernant les ablutions avant la prière prescrit l'obligation de se laver les mains et précise qu'il faut aller jusqu'aux coudes, tandis que le texte concernant l'ablution sèche (*tayammoum*) prescrit l'obligation de passer du sable sur les mains, sans préciser qu'il faille aller jusqu'aux coudes : en effet, l'ablution sèche est une dispense destinée à faciliter l'accomplissement des devoirs religieux en l'absence d'eau, et la mention des mains sans précision est conforme à cette volonté d'assouplissement, puisque le devoir sera considéré comme accompli si on passe du sable sur tout ou partie de ce qui peut être désigné par le terme arabe « *al-yadd* » (mains ou bras). Le même raisonnement vaut lorsque la différence se situe au niveau de la cause : ainsi, l'homicide involontaire d'un croyant justifie peut-être que l'esclave à affranchir doive être croyant, tandis que lorsqu'on souhaite seulement reprendre une épouse répudiée injustement il suffit d'affranchir n'importe quel esclave.

L'ordre

Lorsqu'un texte de la charia contient une phrase impérative ou une phrase déclarative ayant la valeur d'un ordre, il exprime l'obligation : c'est une injonction catégorique d'exécuter l'action mentionnée. Ainsi, la Parole de Dieu :

﴿وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓاْ أَيْدِيَهُمَا﴾

« *Le voleur et la voleuse, coupez-leur la main.* »

(Coran, S.5/V.38)

exprime l'obligation de couper la main du voleur et de la voleuse, et la Parole de Dieu :

﴿وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ﴾

« *Et les femmes divorcées doivent observer un délai de trois menstrues.* »

(Coran, S.2/V.228)

exprime également l'obligation d'observer un délai d'attente de trois menstrues. En effet, la position qui prévaut est que l'impératif et les tournures à valeur impérative servent linguistiquement à exprimer l'obligation. Or, lorsqu'un terme n'est pas qualifié il est compris dans son sens premier et ne peut être compris différemment que sur la base d'un indice. Par contre, s'il existe un indice permettant de comprendre une phrase formulée comme un ordre autrement que dans ce sens premier, c'est sur la base de cet indice que la phrase sera comprise. Ainsi, le verset :

﴿وَكُلُواْ وَٱشْرَبُواْ﴾

« *Mangez et buvez.* »

(Coran, S.2/V.187)

exprime la permission ; le verset :

﴿إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَٱكْتُبُوهُ﴾

« *Lorsque vous contractez une dette payable à une échéance déterminée, écrivez-la.* »

(Coran, S.2/V.282)

exprime la recommandation ; le verset :

﴿ٱعۡمَلُواْ مَا شِئۡتُمۡ﴾

« *Faites ce que vous voulez.* »
(Coran, S.41/V.40)

exprime la menace ; le verset :

﴿فَأۡتُواْ بِسُورَةٖ مِّن مِّثۡلِهِۦ﴾

« *Apportez donc une sourate semblable à ceci.* »
(Coran S.2/V.23)

exprime le défi, etc. Dans tous ces cas et dans d'autres, des indices permettent d'interpréter l'ordre autrement que dans son sens premier. En l'absence de tels indices, l'ordre exprime nécessairement l'obligation. Certains *ou*ṣ*oûlî* considèrent toutefois que l'impératif est polysémique, et qu'il faut dans tous les cas un indice pour trancher entre ses différentes significations possibles, comme pour trancher entre les différentes acceptions de n'importe quel terme polysémique.

L'ordre exprime linguistiquement une injonction d'accomplir une action, mais n'implique pas, en l'absence de qualification supplémentaire, la répétition de cette action ni son accomplissement immédiat. En effet, le but de l'ordre est d'obtenir l'accomplissement de l'action ordonnée, un but qui est rempli lorsque cette action est accomplie une fois et à n'importe quel moment. Si un indice montre que l'ordre requiert la répétition de l'action, ou son accomplissement immédiat, c'est à cet indice et non pas à l'ordre lui-même qu'il convient d'attribuer cette signification. Ainsi, dans le verset :

﴿فَمَن شَهِدَ مِنكُمُ ٱلشَّهۡرَ فَلۡيَصُمۡهُ﴾

« *Quiconque d'entre vous verra poindre le croissant jeûnera tout le mois.* »
(Coran, S.2/V.185)

L'ordre concerne la répétition du jeûne du Ramadan chaque fois qu'apparaît la nouvelle lune indiquant l'arrivée de ce mois, puisque cet ordre est lié à une condition qui se répète, à savoir l'apparition de la nouvelle lune ; la signification à comprendre de ce verset est donc : chaque fois que l'un de vous verra poindre le croissant, il devra jeûner. Nous trouvons un autre exemple d'ordre lié à une condition qui se répète, dans le verset :

﴿أَقِمِ ٱلصَّلَوٰةَ لِدُلُوكِ ٱلشَّمۡسِ إِلَىٰ غَسَقِ ٱلَّيۡلِ﴾

« *Accomplis assidûment la prière du déclin du soleil jusqu'à la tombée de la nuit.* »

(Coran, S.17/V.78)

Lorsqu'un devoir est lié à un moment particulier, c'est la détermination d'un moment précis pour son accomplissement qui indique que le devoir doit être accompli immédiatement, pendant le temps prescrit et avant qu'il ne s'achève.

Dans les versets ordonnant d'accomplir de bonnes actions, l'obligation d'exécuter l'ordre immédiatement est indiquée par l'emploi de termes comme :

﴿وَسَارِعُوٓاْ إِلَىٰ مَغۡفِرَةٖ مِّن رَّبِّكُمۡ﴾

« Hâtez-vous *vers le pardon de votre Seigneur.* »

(Coran, S.3/V.133)

﴿فَٱسۡتَبِقُواْ ٱلۡخَيۡرَٰتِۚ﴾

« Rivalisez de vitesse *vers les bonnes actions.* »

(Coran, S.2/V.148 et S.5/V.48)

L'interdiction

Lorsqu'un texte de la charia comprend des termes restrictifs employés dans une phrase impérative négative ou dans une phrase

déclarative ayant la valeur un ordre négatif, il exprime l'interdiction, c'est-à-dire l'injonction catégorique de s'abstenir de l'action interdite. Ainsi, la Parole de Dieu suivante exprime l'interdiction du mariage entre un Musulman et une polythéiste :

﴿وَلَا تَنكِحُوا۟ ٱلْمُشْرِكَٰتِ حَتَّىٰ يُؤْمِنَّ﴾

« *N'épousez pas les femmes polythéistes avant qu'elles croient.* »

(Coran, S.2/V.221)

Et :

﴿حَسَنٌ ۖ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَأْخُذُوا۟ مِمَّآ ءَاتَيْتُمُوهُنَّ شَيْـًٔا﴾

« *Il ne vous est pas permis de reprendre quelque chose de ce que vous leur aviez donné.* »

(Coran, S.2/V.229)

Ce verset exprime l'interdiction de réclamer un dédommagement aux femmes divorcées. En effet, la position qui prévaut est qu'un ordre négatif exprime linguistiquement l'interdiction et doit être compris ainsi en l'absence de qualification supplémentaire. Si un indice conduit à comprendre une autre signification que ce sens premier, la tournure sera comprise sur la base de cet indice : ainsi :

﴿رَبَّنَا لَا تُزِغْ قُلُوبَنَا﴾

« *Notre Seigneur, ne dévie pas nos cœurs.* »

(Coran S.3/V.8)

Ce verset exprime une invocation, et le verset suivant exprime la réprobation :

﴿لَا تَسْـَٔلُوا۟ عَنْ أَشْيَآءَ إِن تُبْدَ لَكُمْ تَسُؤْكُمْ﴾

« *Ne posez pas de questions sur des choses qui vous nuiraient si elles vous étaient montrées.* »

(Coran, S.5/V.101)

Certains *ou*ṣ*oûlî* considèrent, comme dans le cas de l'impératif, que l'impératif négatif est polysémique, et posent le problème de sa signification dans les termes évoqués plus haut.

L'impératif négatif requiert que l'on s'abstienne de l'action interdite immédiatement et définitivement. En effet, l'ordre de s'abstenir de l'action n'est exécuté que si l'on s'en abstient définitivement, c'est-à-dire que chaque fois que l'occasion d'accomplir l'action interdite se présente, il faut s'en abstenir : la répétition est donc indispensable à l'exécution de l'ordre. Il est également indispensable d'observer cette interdiction immédiatement, puisque l'objet de l'interdiction est d'écarter le préjudice qu'entraînerait l'action illicite : cette obligation s'applique immédiatement, car si l'action interdite est accomplie, ne serait-ce qu'une fois, et à n'importe quel moment, l'interdiction n'aura pas été observée. L'interdiction implique donc que l'on s'abstienne d'accomplir l'action immédiatement et à chaque occasion. Bref, lorsqu'une interdiction n'est pas qualifiée, cela implique qu'il faut l'observer immédiatement et de façon répétée, mais lorsqu'un ordre n'est pas qualifié cela n'implique pas qu'il faille l'exécuter immédiatement ni à plusieurs reprises.

QUATRIÈME PARTIE

LES RÈGLES JURIDIQUES

— la finalité générale de la législation
— les droits de Dieu et les droits des hommes
— les cas où l'*ijtihâd* est permis
— l'abrogation des prescriptions
— la contradiction et la priorité

Les spécialistes des fondements du Droit musulman ont dégagé ces règles juridiques de l'étude exhaustive des prescriptions divines, de leur raison d'être et de leur objectif législatif, ainsi que des textes établissant des principes juridiques généraux et des concepts juridiques fondamentaux. Ces règles doivent être respectées, non seulement pour déduire les prescriptions des Textes, mais aussi pour déduire les prescriptions dans les cas non mentionnés par les Textes, et ce, afin que la législation réponde à ses objectifs et serve l'intérêt commun et la justice.

RÈGLE UN

LA FINALITÉ GÉNÉRALE DE LA LÉGISLATION

L'objectif général du Législateur, dans les prescriptions de la Loi, est de pourvoir aux intérêts des êtres humains en leur garantissant ce qui leur est indispensable (*ḍaroûrî*), et en leur procurant le nécessaire (*ḥâjiya*) et l'accessoire (*taḥsînî*).

Toute prescription divine ne saurait viser que l'un de ces trois objectifs, qui ensemble constituent l'intérêt des êtres humains.

L'accessoire ne saurait être pris en compte si cela porte atteinte au nécessaire, et ni le nécessaire ni l'accessoire ne sauraient être pris en compte si l'un ou l'autre porte atteinte à l'indispensable.

Cette première règle explique l'objectif général du Législateur dans les prescriptions de la Loi, qu'il s'agisse de lois-injonctions ou de lois déclaratives, d'obligations religieuses ou de lois positives. Elle explique également la hiérarchie des prescriptions en fonction de leur objectif. La connaissance de l'objectif général du Législateur dans les prescriptions de la Loi contribue de façon capitale à une compréhension correcte des Textes et à leur application aux cas pratiques, ainsi qu'à la déduction des prescriptions dans les cas non mentionnés par les Textes.

En effet, la signification des termes et des formulations peut être susceptible de diverses interprétations, et l'objectif du Législateur constitue alors le critère permettant de trancher en faveur de l'un des sens possibles. De même, le sens littéral de plusieurs textes peut présenter une apparente contradiction, et c'est le critère de l'objectif du Législateur qui permet alors d'éliminer la contradiction en faisant

concorder le sens des textes ou en effectuant un choix. En outre, un grand nombre de cas susceptibles de survenir peuvent ne pas être mentionnés explicitement par les Textes : il est alors impératif d'établir la position de la Loi à leur sujet en utilisant les diverses indications et preuves juridiques, une argumentation qui doit être guidée par la connaissance de l'objectif du Législateur.

C'est pourquoi les législateurs des gouvernements modernes publient des circulaires expliquant l'objectif général d'une loi et le but précis de chacun de ses articles. Ces circulaires explicatives, ainsi que toutes les études et les discussions ayant accompagné l'élaboration et la promulgation de la loi, aident les juges à comprendre la loi et à en appliquer non seulement la lettre, mais aussi l'esprit et le sens.

De même, on ne saurait comprendre correctement les Textes énonçant les prescriptions divines sans connaître l'objectif général visé par le Législateur en édictant ces prescriptions, ainsi que les situations particulières qui ont occasionné la révélation des prescriptions coraniques, ou les propos ou les actions rapportés par la sunna.

L'objectif général du Législateur dans les prescriptions de la Loi est expliqué par cette première règle juridique. Les situations particulières ayant été à l'occasion de la promulgation des prescriptions sont, quant à elles, mises en évidence dans les commentaires du Coran et dans les ouvrages sur les causes de la révélation des versets (*asbâb an-nouzoûl*), ainsi que dans les recueils authentifiés de la sunna.

Cette règle affirme que l'objectif général visé par le Législateur dans les prescriptions de la Loi est de pourvoir aux intérêts des êtres humains dans la vie, leur procurant des avantages et leur évitant ce qui leur cause du tort. En effet, les intérêts des êtres humains dans la vie de ce monde se compose de besoins indispensables, de besoins nécessaires, et d'autres besoins qui ne sont qu'accessoires. Pourvoir à leurs intérêts revient donc à leur procurer l'indispensable, le nécessaire et l'accessoire. Ainsi le Législateur de l'Islam a-t-Il édicté des prescriptions portant sur tous les aspects des actions humaines afin de satisfaire les besoins indispensables, nécessaires et accessoires des individus et des groupes. À tout besoin indispensable, nécessaire ou accessoire correspond une prescription permettant d'y pourvoir et de le garantir. Toute prescription vise à satisfaire et à garantir un besoin de l'un de ces trois types, car toute prescription vise à pourvoir aux intérêts des êtres humains, et à tout intérêt humain correspond une prescription divine.

L'affirmation selon laquelle les intérêts des être humains entrent nécessairement dans une de ces trois catégories est fondée sur l'évidence fournie par nos sens. En effet, les intérêts de tout individu et de tout groupe se composent de besoins indispensables, de besoins nécessaires et de besoins complémentaires. Par exemple, pour ce qui est de l'habitation, il est indispensable à l'être humain d'avoir un refuge l'abritant du soleil et du froid, ne serait-ce qu'une grotte dans une montagne. Le nécessaire est ce qui permet de vivre facilement dans cette habitation, comme des fenêtres pouvant être ouvertes ou fermées selon le besoin, et l'accessoire est tout ce qui embellit et meuble l'habitation et y apporte le confort : si tout cela lui est fourni, le besoin de l'être humain en matière d'habitation est satisfait. De la même façon, pour ce qui est de la nourriture, des vêtements, et de tous les autres aspects de la vie humaine, les intérêts de l'être humain sont satisfaits en pourvoyant à ces trois catégories de besoins. Ce qui vaut pour l'individu vaut aussi pour la société : si les individus qui la composent se voient assurer le moyen de satisfaire et de garantir leurs besoins indispensables, nécessaires et accessoires, on a alors pourvu à leurs intérêts.

L'affirmation selon laquelle toute prescription de la Loi islamique a pour objet de pourvoir à l'un de ces besoins ou de le garantir se fonde, quant à elle, sur l'analyse exhaustive des prescriptions globales et spécifiques de la charia dans tous les domaines, ainsi que des raisons d'être et des motifs de ces prescriptions que le Législateur nous permet souvent de connaître.

Avant de donner des exemples précis, voyons ce que signifient les termes « indispensable », « nécessaire » et « accessoire » aux yeux de la charia.

— L'indispensable est ce sur quoi est fondée la vie humaine, et sans quoi la vie ne peut se dérouler sainement : son absence entraîne inévitablement le désordre et la corruption. Compris dans ce sens, l'indispensable se résume à la préservation de cinq choses : la religion, la vie, la raison, l'honneur et la propriété. La préservation de chacune de ces cinq choses est indispensable à l'être humain.

— Le nécessaire est ce dont les êtres humains ont besoin pour mener une vie facile et confortable, et pour les aider à supporter les responsabilités et les difficultés de la vie. Son absence n'entraîne

pas le désordre et la corruption, comme dans le cas de l'indispensable, mais elle est une cause de gêne et de difficulté. Compris dans ce sens, le nécessaire est ce qui permet d'épargner la gêne aux êtres humains et d'alléger leurs difficultés afin qu'ils puissent supporter leurs responsabilités, et tout ce qui facilite les relations sociales, les échanges et le travail.

— L'accessoire est ce qui contribue à l'harmonie, aux bonnes mœurs et à la bienséance. Son absence n'empêche pas le déroulement de la vie humaine comme celle de l'indispensable, et n'est pas une cause de gêne comme l'absence du nécessaire. Toutefois, une vie où il manque l'accessoire paraîtra répugnante à un être humain sensible et intelligent. Compris dans ce sens, l'accessoire est tout ce qui relève des valeurs morales et des bonnes coutumes, et tout ce qui aide les êtres humains à vivre en harmonie.

Comment la charia pourvoit aux besoins indispensables de l'être humain

Comme nous l'avons vu, l'indispensable se résume à cinq choses : la religion, la vie, la raison, l'honneur et la propriété. La Loi islamique comprend des prescriptions visant soit à assurer soit à préserver chacun de ces cinq éléments : elle pourvoit ainsi aux besoins indispensables de l'être humain.

— La religion se compose des croyances, des pratiques cultuelles, des prescriptions et des lois édictées par Dieu afin de régir la relation de l'être humain avec Dieu et les relations des êtres humains entre eux. Pour assurer l'existence de l'Islam, Dieu a prescrit la foi et les cinq piliers de l'Islam : le témoignage qu'il n'y a pas d'autre divinité que Dieu et que Mohammad (ﷺ) est Son Envoyé, la prière, le paiement de la *zakât*, le jeûne du Ramadan et le pèlerinage à La Mecque. C'est également dans ce but qu'Il a prescrit les autres éléments de la croyance musulmane et les rites, l'objectif du Législateur étant d'assurer la religion et de l'affermir dans le cœur des fidèles en leur faisant observer les prescriptions essentielles à la vertu. Toujours pour assurer l'existence de l'Islam, Dieu a prescrit l'obligation d'appeler à la foi et a protégé ceux qui accomplissent ce devoir contre les agressions et les obstacles.

Pour préserver la religion et la protéger de toute atteinte, Dieu a prescrit le *jihâd* contre ceux qui s'opposent à la diffusion de l'Islam ou qui s'efforcent de faire dévier les fidèles vers l'incroyance, et Il a prescrit des sanctions à l'encontre des apostats, des hérétiques ou de ceux qui introduisent dans la religion ce qui n'en fait pas partie ou qui en falsifient les lois.

— La vie est protégée grâce à l'obligation du mariage assurant la reproduction et la continuité de l'espèce humaine dans les meilleures conditions.

Toujours pour préserver la vie, la charia fait un devoir à l'être humain de se procurer la nourriture, la boisson, les vêtements et l'habitation qui lui sont indispensables pour rester en vie. Elle prévoit des sanctions comme le talion, le prix du sang et l'expiation à l'encontre de tous ceux qui portent atteinte à la vie. Enfin, il est interdit de mettre la vie en péril, et il est obligatoire de la protéger de ce qui peut lui nuire.

— Pour préserver la raison, l'Islam interdit la consommation du vin et des boissons alcoolisées et l'usage des stupéfiants, et punit les contrevenants.

— Pour préserver l'honneur, il prévoit des sanctions contre ceux qui se livrent à la fornication ou à la calomnie.

— La propriété est garantie d'une part par les prescriptions permettant l'acquisition de biens : l'obligation de rechercher sa subsistance, la permission des transactions commerciales, des échanges divers et de la concurrence ; d'autre part, par les prescriptions visant à la préserver, comme l'interdiction du vol et les sanctions prévues à l'encontre du voleur et de la voleuse, l'interdiction de la fraude, de la tromperie, de s'approprier injustement le bien d'autrui ou de le dilapider, le dédommagement dû par celui qui porte atteinte au bien d'autrui, l'interdiction judiciaire des personnes irresponsables ou irréfléchies, la protection contre les dommages et l'interdiction de l'usure.

Enfin, la préservation de tout ce qui est indispensable à l'être humain est garantie par la permission de recourir à l'illicite pour s'assurer l'indispensable.

Il apparaît donc que l'Islam prescrit des lois dans tous les domaines (culte, relations sociales, sanctions) visant à garantir l'obtention, la continuité et la protection de ce qui est indispensable à l'être humain.

Cet objectif est confirmé par les indications contenues dans certains textes quant à la raison d'être ou au but des prescriptions qu'ils énoncent. Ainsi, Dieu dit à propos de l'obligation du *jihâd* :

﴿وَقَٰتِلُوهُمْ حَتَّىٰ لَا تَكُونَ فِتْنَةٌ وَيَكُونَ ٱلدِّينُ لِلَّهِ﴾

« *Et combattez-les jusqu'à ce qu'il n'y ait plus de sédition, et que la religion soit entièrement à Dieu.* »
(Coran, S.2/V.193)

Et à propos de l'obligation du talion :

﴿وَلَكُمْ فِي ٱلْقِصَاصِ حَيَوٰةٌ﴾

« *Vous avez dans le talion une (garantie de) vie.* »
(Coran, S.2/V.179)

Dieu dit encore :

﴿لِتَأْكُلُوا۟ فَرِيقًا مِّنْ أَمْوَٰلِ ٱلنَّاسِ بِٱلْإِثْمِ﴾

« *Pour vous approprier injustement une partie des biens d'autrui.* »
(Coran, S.2/V.188)

Citons encore ce *hadîth* où le Prophète (ﷺ) précise la raison d'être de l'interdiction de vendre une récolte avant de savoir si elle est bonne : « Ne voyez-vous pas que si Dieu empêchait le fruit de mûrir, l'un de vous aurait pris injustement le bien de son frère ». Dans ces exemples et dans d'autres, l'indication de la raison d'être des prescriptions montre que l'objectif du Législateur est de préserver la religion, la vie, la propriété et tout ce qui est indispensable à l'être humain.

Comment la charia pourvoit aux besoins nécessaires de l'être humain

Comme nous l'avons vu, le nécessaire est ce qui permet d'épargner la gêne aux êtres humains et d'alléger leurs difficultés, afin qu'ils puissent supporter leurs responsabilités, et tout ce qui facilite les relations sociales et les transactions diverses. La charia comprend de nombreuses prescriptions, dans tous les domaines (culte, relations sociales ou sanctions), ayant pour but d'épargner aux gens toute gêne et de leur faciliter la vie.

Dans le domaine du culte, des dispenses ont été accordées pour rendre les obligations rituelles plus faciles aux fidèles, dans les cas où leur accomplissement conformément à la loi stricte entraîne une difficulté. Ainsi les malades et les personnes en voyage peuvent rompre le jeûne du Ramadan, les voyageurs peuvent abréger leurs prières, et les personnes auxquelles il est pénible de se tenir debout peuvent prier assises. Il est aussi permis de faire les ablutions sèches (*tayammoum*) lorsqu'on ne dispose pas d'eau, de prier dans un bateau même si ce n'est pas dans la direction de la *qibla*, etc. Toutes ces dispenses visent à éviter aux fidèles les difficultés qu'ils pourraient rencontrer dans l'observance du culte.

Dans le domaine des relations sociales, la charia autorise une grande variété de contrats et d'engagements nécessaires aux besoins des êtres humains, comme les divers types de vente, de location, d'entreprise et de concurrence. Elle accorde également des dispenses pour certains contrats qui ne seraient pas acceptables selon les règles de l'analogie et les principes généraux des contrats, comme la vente à terme, la vente sous réserve d'acquittement et le contrat de manufacture, les contrats de métayage et d'arrosage, etc., c'est-à-dire des contrats reconnus par l'usage et nécessaires aux gens. L'Islam autorise le divorce afin qu'un mariage puisse être dissous en cas de besoin ; il déclare licite la pêche et la consommation des animaux marins morts, ainsi que les bonnes nourritures. Enfin, il admet que l'on ait recours à l'illicite pour pourvoir aux besoins nécessaires, au même titre que pour les besoins indispensables.

Dans le domaine pénal, l'Islam allège la sanction à l'encontre de celui qui commet un homicide par erreur, en se contentant de lui faire payer le prix du sang à la famille de la victime, il n'applique pas les sanctions légales en cas de doute, et il permet au représentant légal de

la victime de pardonner au meurtrier pour éviter l'application du talion.

Les indications contenues dans certains textes quant à la raison d'être ou au motif des prescriptions qu'ils énoncent, montrent que le but de telles prescriptions est d'assouplir la Loi et d'éviter la difficulté. Ainsi, Dieu dit :

﴿ مَا يُرِيدُ ٱللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُم مِّنْ حَرَجٍ ﴾

« *Dieu ne veut vous imposer aucune gêne.* »

(Coran, S.5/V.6)

﴿ وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي ٱلدِّينِ مِنْ حَرَجٍ ﴾

« *Il ne vous a imposé aucune gêne dans la religion.* »

(Coran, S.22/V.78)

﴿ يُرِيدُ ٱللَّهُ بِكُمُ ٱلْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ ٱلْعُسْرَ ﴾

« *Dieu veut pour vous la facilité, Il ne veut pas pour vous la difficulté.* »

(Coran, S.2/V.185)

﴿ يُرِيدُ ٱللَّهُ أَن يُخَفِّفَ عَنكُمْ وَخُلِقَ ٱلْإِنسَٰنُ ضَعِيفًا ﴾

« *Dieu veut alléger vos obligations car l'homme a été créé faible.* »

(Coran, S.4/V.28)

Le Prophète (ﷺ) a dit aussi : « J'ai été envoyé pour apporter la religion vraie de pratique facile. »

Comment la charia pourvoit aux besoins accessoires de l'être humain

Les besoins accessoires sont, comme nous l'avons vu, ceux dont la satisfaction embellit la vie et contribue aux bonnes mœurs et à la

vertu. La charia comprend de nombreuses prescriptions, dans tous les domaines (culte, relations sociales ou sanctions), ayant pour but d'améliorer et d'embellir la vie, d'habituer les gens à de bonnes coutumes et de les diriger vers les meilleures pratiques.

Dans le domaine du culte, l'Islam prescrit la propreté du corps, des vêtements et des lieux, ainsi que de couvrir son intimité et d'éviter la souillure et l'urine. Il recommande de se parer pour se rendre aux lieux de culte, d'accomplir des actes surérogatoires (aumône, prières ou jeûne). Il a institué des règles afin que chaque pratique rituelle soit accomplie dans la forme voulue. Tout cela revient à habituer les gens aux meilleures pratiques.

Dans le domaine des relations sociales et des transactions, l'Islam interdit la fraude, l'escroquerie, la duperie, la prodigalité et l'avarice, ainsi que la participation à toute action impure ou nuisible. Il interdit également de surenchérir sur la vente conclue par autrui, d'aller à la rencontre des caravanes, de fixer les prix, etc. Tout cela garantit l'honnêteté des transactions.

Dans le domaine pénal, l'Islam interdit que l'on tue les prêtres, les femmes et les enfants lors du *jihâd*, tout comme il interdit la mutilation des ennemis, la trahison, de tuer un ennemi désarmé, ou encore de brûler tout être humain, vivant ou mort. Dans le domaine des bonnes mœurs et des vertus, l'Islam reconnaît tout ce qui participe à l'harmonie de l'individu et de la société et qui pousse les hommes à suivre les meilleures voies. Les indications contenues dans certains textes, quant à la raison d'être ou au but des prescriptions qu'ils énoncent, confirment cet objectif d'amélioration et d'embellissement de la vie : citons par exemple la Parole de Dieu :

﴿وَلَٰكِن يُرِيدُ لِيُطَهِّرَكُمْ وَلِيُتِمَّ نِعْمَتَهُ عَلَيْكُمْ﴾

« *Il veut seulement vous purifier et parachever pour vous Ses bienfaits.* »

(Coran, S.5/V.6)

Ou le *hadîth* : « Dieu est bon et Il n'accepte que ce qui est bon ».

L'étude exhaustive des prescriptions de la charia, de leurs raisons d'être et de leurs buts, dans les domaines et les situations les plus

divers, montre donc que le Législateur de l'Islam avait pour seul objectif, en édictant ces prescriptions, de garantir aux êtres humains l'indispensable, le nécessaire et l'accessoire, c'est-à-dire de pourvoir à leurs besoins.

L'imam Aboû Ishâq ach-Châtibî en fait une démonstration brillante au début du deuxième volume de son livre "Al-mouwâfaqât". Après avoir donné de nombreux exemples de prescriptions de la charia et de leurs raisons d'être, montrant que toute prescription de la charia a pour objectif de garantir un besoin indispensable, nécessaire ou accessoire, trois catégories qui ensemble constituent les intérêts des êtres humains, il conclut : « Toutes les prescriptions, qu'elles soient exprimées par la signification littérale des mots, qu'elles soient générales, indéfinies, qualifiées ou de portée restreinte, dans toute la diversité des sujets auxquels elles s'appliquent et des situations qu'elles couvrent, dans tous les domaines les plus variés du droit, indiquent que la législation vise toujours à garantir ces trois catégories de besoins qui sont le fondement des intérêts de l'être humain. »

La volonté du Législateur de l'Islam de garantir au mieux ces trois catégories de besoins L'a poussé, dans Sa sagesse, à compléter les prescriptions remplissant directement cet objectif, par d'autres prescriptions qui en parachèvent la réalisation.

Dans le domaine de l'indispensable, l'Islam déclare obligatoire l'accomplissement de la prière pour préserver la religion, mais il prescrit aussi qu'on l'accomplisse en commun et qu'on la précède de l'appel à la prière : la religion est ainsi encore mieux préservée car sa pratique est visible et rassemble les fidèles.

De même, l'Islam déclare obligatoire l'application du talion pour préserver la vie humaine, mais il prescrit aussi que son application soit basée sur la réciprocité afin d'atteindre cet objectif sans susciter de rancœur ni de haine : en effet, tuer le meurtrier en le traitant plus durement qu'il n'a traité sa victime pourrait conduire à des vengeances et à l'inverse du but recherché par l'application du talion.

L'Islam interdit la fornication pour préserver l'honneur, mais il interdit aussi, à titre préventif, qu'un homme reste en tête-à-tête avec une étrangère. Il interdit le vin pour préserver la raison, mais il interdit aussi d'en consommer une petite quantité, même si elle ne suffit pas à provoquer l'ivresse. Dans le même esprit, l'Islam déclare obligatoire tout ce qui est indispensable à l'accomplissement d'un devoir, et interdit tout ce qui conduit à l'illicite. Il déconseille un

grand nombre d'actions licites, il qualifie un grand nombre de prescriptions indéfinies et il restreint l'application d'un grand nombre de prescriptions générales, à titre préventif. Il prescrit le mariage pour garantir la reproduction, mais requiert aussi que les deux époux soient de condition égale, afin d'assurer la bonne entente entre eux. Les prescriptions visant à garantir l'indispensable sont ainsi complétées par d'autres visant à parachever la réalisation de cet objectif.

Dans le domaine du nécessaire, l'Islam déclare licites un certain nombre de transactions (vente, location, association, concurrence), mais il déclare aussi illicites certaines autres, comme la duperie ou la vente aléatoire ou celle d'un bien inexistant, indique quelles conditions sont valides dans un contrat et lesquelles ne le sont pas, etc. : le but de toutes ces prescriptions est de pourvoir aux besoins des gens sans susciter de querelles ni de rancœur.

Dans le domaine de l'accessoire, l'Islam accompagne l'obligation de la pureté rituelle d'un certain nombre de recommandations complémentaires. Il accompagne la recommandation d'accomplir des actes surérogatoires de l'obligation de mener ces actes à bien une fois qu'on les a commencés, afin que les fidèles ne prennent pas l'habitude de commencer des actions sans les achever. Il accompagne la recommandation de dépenser pour le bien de la recommandation que l'argent dépensé ait été honnêtement acquis.

L'examen attentif des prescriptions de la Loi islamique montre donc que le but de chacune de ces prescriptions est de pourvoir à un besoin indispensable, nécessaire ou accessoire, ou de parachever la réalisation de cet objectif.

La classification des prescriptions de la charia en fonction de leur objectif

La définition de l'indispensable, du nécessaire et de l'accessoire, donnée plus haut, montre que garantir l'indispensable est l'objectif le plus important car son absence empêche le déroulement normal de la vie et entraîne un désordre total ; vient ensuite le nécessaire, car son absence entraîne des difficultés pouvant conduire à une détresse extrême ; enfin, l'accessoire vient en dernière position car son absence n'est une cause ni de chaos, ni de difficulté grave, mais signifie que la vie ne se déroule pas de la manière la plus harmonieuse

et selon les plus hautes valeurs.

Par conséquent, les prescriptions de la charia ayant pour objectif de garantir l'indispensable sont les plus importantes et celles qu'il faut appliquer en priorité, viennent ensuite les prescriptions visant à garantir le nécessaire, et enfin celles concernant l'accessoire. Ces dernières sont considérées comme complémentaires aux prescriptions concernant le nécessaire, qui sont elles-mêmes complémentaires aux prescriptions portant sur l'indispensable.

On n'observera donc pas une prescription concernant l'accessoire si cela conduit à négliger une prescription garantissant l'indispensable ou le nécessaire, car une prescription complémentaire ne s'applique qu'une fois que l'on a pourvu à ce qu'elle complète. Ainsi, il est permis de découvrir les parties intimes du corps si cela est nécessaire à un soin médical ou à une opération chirurgicale, parce que couvrir l'intimité relève de l'accessoire tandis que soigner les malades est indispensable. Il est permis de consommer quelque chose d'impur dans un but thérapeutique ou sous la contrainte, parce que s'abstenir de la souillure relève de l'accessoire tandis que se soigner ou préserver sa vie sont des actes indispensables. De même, la vente d'un bien inexistant est permise dans des transactions comme la vente à terme ou le contrat de manufacture, et les transactions aléatoires sont tolérées dans les contrats de métayage et d'arrosage ou la vente d'une chose absente, parce que toutes ces transactions, régies par des interdictions visant l'accessoire, sont nécessaires aux hommes.

De la même façon, on n'observera pas une prescription concernant le nécessaire si cela conduit à négliger une prescription portant sur l'indispensable. C'est pourquoi les devoirs religieux et les obligations restent imposés aux personnes responsables dont la situation n'est pas couverte par une dispense, même si leur accomplissement entraîne pour elles des difficultés. En effet, toute injonction implique que l'on supporte les charges et les difficultés qu'elle entraîne. Si l'on considérait que la personne responsable ne devait avoir à supporter aucune difficulté, de nombreuses prescriptions indispensables, relatives au culte, au domaine pénal etc., seraient négligées puisque l'observance des prescriptions visant à garantir l'indispensable entraîne généralement une certaine difficulté : cette difficulté doit être supportée afin d'assurer aux personnes ce qui leur est indispensable.

Par contre, les prescriptions relatives à l'indispensable doivent

toujours être observées, et on ne peut omettre d'en appliquer une que lorsque son application mènerait à en négliger une autre plus importante. Ainsi, le *jihâd* est obligatoire pour préserver la religion, même s'il conduit à des pertes humaines, car la préservation de la religion est prioritaire sur celle de la vie. Il est permis de boire du vin sous la contrainte, si l'on craint pour sa vie ou pour un membre ou un organe, ou encore si l'on y est forcé par une soif extrême, parce que préserver la vie est plus important que préserver la raison. Si l'on est contraint à endommager les biens d'autrui, il est permis de le faire pour protéger sa vie. Dans tous ces exemples, une prescription indispensable est négligée au profit d'une autre prescription indispensable plus importante encore.

Il a donc été démontré que les objectifs visés par le Législateur à travers les prescriptions de la charia se résument à garantir ou à parfaire l'indispensable, le nécessaire et l'accessoire, que ces objectifs doivent être servis en fonction de leur importance, et que leur classification détermine l'ordre d'importance des prescriptions visant à leur réalisation.

Par conséquent, la première règle juridique détermine les principes juridiques visant à écarter les préjudices et ceux visant à alléger les difficultés, chacun de ces principes donnant lieu à son tour à la déduction d'un certain nombre de prescriptions.

Définition des principes visant à écarter les préjudices et exemples des prescriptions qui en découlent

1. Tout préjudice doit être écarté :

Il en découle le droit de se porter garant de son associé ou de son voisin, l'option laissée à l'acheteur de rendre une marchandise défectueuse, et les autres sortes d'options, ou encore qu'un associé sera contraint à partager ses gains s'il ne le fait pas de lui-même ; il en découle également des prescriptions comme l'obligation de se protéger et de se soigner, la suppression des animaux dangereux, ou encore les sanctions, comme les peines criminelles, les punitions et les actes d'expiation.

2. Un préjudice ne peut être écarté par un autre préjudice :

Il en découle l'interdiction de détourner une inondation de son terrain sur le terrain de son voisin, ou de préserver ses biens en

portant préjudice à ceux d'autrui, ou encore l'interdiction à un affamé de prendre la nourriture d'un autre affamé.

3. Un préjudice individuel doit être supporté pour éviter un préjudice général :

Il en découle que le meurtrier doit être tué pour protéger la vie des autres, que la main du voleur doit être coupée pour protéger la propriété des autres, ou qu'un mur risquant de tomber sur la voie publique doit être détruit. Il en découle aussi qu'on interdira d'exercer son activité à un mufti qui donne des avis arbitraires, à un médecin incompétent ou à un loueur en faillite, qu'on vendra de force les biens d'une personne endettée qui refuse de les vendre pour payer ses dettes, qu'on fixera les prix des denrées nécessaires si les marchands se livrent à la spéculation, qu'on vendra de force les denrées alimentaires que leur propriétaire veut stocker alors que les gens en ont besoin, ou encore qu'on interdira à un forgeron d'installer sa forge à côté de marchands de tissu.

4. Entre deux préjudices, on choisit le moindre pour écarter le pire :

Il en découle qu'on retient l'argent de l'époux qui ne subvient pas en temps voulu aux besoins de sa femme, ou du parent qui refuse de pourvoir aux besoins d'un proche, et qu'on accorde le divorce à l'épouse subissant un préjudice ou réduite à l'indigence. De même, un malade peut, s'il y est contraint, consommer de la charogne ou le bien d'autrui. Quelqu'un qui veut faire sa prière mais ne peut se purifier, couvrir son intimité ou se tourner vers la *qibla* doit accomplir la prière quand même, car négliger une de ces conditions à la validité de la prière est moins grave que de négliger la prière elle-même.

5. Écarter les préjudices est plus important que rechercher les avantages :

D'où le *ḥadîth* : « Ce que je vous ai interdit, abstenez-vous-en, et ce que je vous ai ordonné, accomplissez-en ce que vous pourrez. » Il en découle qu'on empêchera un propriétaire d'user de ses biens s'il porte ainsi préjudice à autrui, et qu'il est déconseillé au jeûneur de se rincer la bouche ou d'inhaler de façon exagérée.

6. Il est permis de recourir à l'illicite pour garantir l'indispensable :

Il en découle qu'en cas de famine il n'y a pas de péché à consommer,

si l'on y est contraint, de la charogne, du sang ou toute autre nourriture illicite ; il en découle également que lorsqu'on ne peut défendre sa vie qu'en causant un préjudice à autrui, il n'y a pas de péché à le faire, ou encore que lorsqu'une personne endettée refuse de payer sa dette on peut en prélever le montant sur ses biens sans sa permission.

7. Les besoins indispensables doivent être estimés à leur juste mesure :

Il en découle que lorsqu'on est contraint à recourir à l'illicite, il ne faut pas dépasser la quantité indispensable ; que seule est permise la quantité de souillure qu'on ne peut éviter ; et que les dispenses sont levées lorsque leur justification disparaît. Ainsi, le *tayammoum* (ablution sèche) n'est plus valide lorsqu'il est facile de se laver à l'eau, il est interdit de ne pas faire le jeûne du Ramadan au voyageur arrivé à destination et en bonne santé, et d'une manière générale, toute permission accordée pour un motif précis est annulée si ce motif disparaît.

Définition des principes visant à alléger les difficultés et exemples des prescriptions qui en découlent

1. La difficulté appelle l'assouplissement :

Il en découle toutes les dispenses accordées par Dieu pour alléger les difficultés des personnes responsables, pour un des motifs justifiant une telle dispense. L'étude exhaustive des prescriptions montre que ces motifs sont au nombre de sept :

— Le voyage : il justifie la dispense du jeûne du Ramadan, l'abrègement de la prière, la dispense de la prière du vendredi et de la prière en commun, et la permission de faire l'ablution sèche (*tayammoum*).

— La maladie : elle justifie la dispense du jeûne du Ramadan, la permission de faire l'ablution sèche, d'accomplir la prière assis, ou encore de consommer des nourritures illicites comme remède.

— La contrainte : elle justifie la permission de renier verbalement sa foi, de négliger un devoir, de porter préjudice au bien d'autrui, de consommer de la charogne, ou encore de boire du vin.

— L'oubli : aucun péché n'est imputé à quelqu'un qui accomplit un acte illicite par oubli ; de même, le jeûne de Ramadan reste

valable si l'on mange ou si l'on boit par oubli, et la viande d'une bête sur laquelle on a oublié de prononcer le nom de Dieu en l'égorgeant est licite.

— L'ignorance : elle justifie la permission de rendre une marchandise défectueuse lorsqu'on l'a achetée sans en voir les défauts et l'annulation du mariage lorsqu'un des conjoints plaide qu'il ignorait la présence d'une tare chez l'autre. C'est encore au titre de l'ignorance que l'on tolère la contradiction dans un litige portant sur la parenté, ou bien entre les héritiers légitimes, les testateurs et l'administrateur d'une fondation pieuse.

— Les inconvénients inévitables : c'est parce que tout le monde y est exposé qu'on ne tient pas compte des éclaboussures de saleté qui peuvent tacher les vêtements lorsqu'on marche dans la rue, et d'autres impuretés qu'on ne peut éviter ; c'est pour la même raison qu'on n'exige pas de dédommagement pour les préjudices minimes.

— La faiblesse : il en découle que les personnes incapables, comme les enfants et les aliénés, ne sont pas juridiquement responsables, et que les faibles et les femmes sont exemptés de certains devoirs : ainsi les femmes sont-elles exemptées de devoirs comme la prière du vendredi, la prière en commun et le *jihâd*.

2. Toute gêne doit être écartée :

Il en découle qu'on accepte que les témoins ne soient que des femmes pour ce qui est normalement caché au regard des hommes (par exemple les défauts physiques des femmes ou les affaires qui les concernent), qu'on se contente d'une forte présomption sans rechercher la certitude absolue en ce qui concerne la direction de la *qibla*, la propreté d'un lieu ou de l'eau, les décisions de justice ou le témoignage ; il en découle également le principe selon lequel toute situation pénible doit être assouplie.

3. Le nécessaire justifie, au même titre que l'indispensable, que l'on ait recours à l'illicite :

Il en découle les exceptions autorisant la vente à terme, la vente sous réserve d'acquittement et le contrat de manufacture, la garantie de livraison, la souscription d'un emprunt à intérêt en cas de nécessité, et d'une manière générale les transactions aléatoires ou portant sur un bien inexistant mais qui sont nécessaires aux hommes.

Il découle de ce principe la justification de nombreux types de

contrats ou d'associations commerciales, nécessaires au déroulement des affaires. S'il est véritablement prouvé, de façon irréfutable, que tel ou tel type de contrat ou d'engagement est nécessaire aux gens et que son interdiction les place dans une situation pénible, il est permis d'y avoir recours dans la mesure suffisante pour éviter cette gêne, même s'il s'agit d'une transaction illicite basée sur l'usure ou en comportant un risque. Cette permission se fonde sur le principe selon lequel, comme dans le cas de l'indispensable, on peut recourir à l'illicite pour garantir le nécessaire tout en estimant la nécessité à sa juste mesure.

L'auteur de "Al-achbâh wan-nadhâ'ir" écrit : « C'est pourquoi on a déclaré licite la vente sous réserve d'acquittement lorsque l'endettement des habitants de Boukhâra est devenu important, puis de même en Égypte : on a appelé ce type de vente la vente de confiance... On trouve également dans "Al-qaniyya wal-baghiyya" qu'il est permis en cas de nécessité de recourir à un emprunt avec intérêt. »

RÈGLE DEUX

LES DROITS DE DIEU ET LES DROITS DES HOMMES

Les actions humaines faisant l'objet des prescriptions de la charia servent soit l'intérêt de la société en général, auquel cas elles relèvent exclusivement des droits de Dieu et ne peuvent faire l'objet d'un choix, la responsabilité de leur application revenant alors aux autorités ; soit l'intérêt particulier de la personne responsable (*al-moukallaf*), auquel cas elles relèvent exclusivement des droits des hommes, à qui revient le choix de les appliquer. Lorsqu'une prescription sert à la fois l'intérêt de la société et celui de l'individu, mais que l'intérêt de la société prédomine, c'est le droit de Dieu qui l'emporte, et la prescription est traitée comme celles relevant exclusivement des droits de Dieu ; de même, si c'est l'intérêt de l'individu qui prédomine, c'est le droit de l'individu qui l'emporte, et la prescription est traitée comme celles relevant exclusivement des droits des hommes.

La première règle juridique énonçait en général que l'objectif des prescriptions de l'Islam est toujours de servir les intérêts des êtres humains. Cette seconde règle précise maintenant que l'intérêt visé par la législation peut être soit l'intérêt général de la société, soit l'intérêt particulier de l'individu, soit les deux à la fois.

L'expression « droits de Dieu » désigne ce qui est dû à la société dans son ensemble, et qui a été prescrit pour servir l'intérêt général et non pas l'intérêt particulier d'un individu. C'est parce que ces prescriptions relèvent de l'organisation générale de la société sans bénéficier à un individu en particulier qu'on les rattache aux droits de

Dieu, Seigneur de tous les êtres humains.

L'expression « droits des hommes » désigne ce qui est dû à l'individu, et qui a été prescrit pour servir un intérêt particulier. L'étude exhaustive des prescriptions de la charia établit en effet que les actions humaines faisant l'objet de ces prescriptions se divisent en quatre catégories : celles qui relèvent exclusivement des droits de Dieu, celles qui relèvent exclusivement des droits des hommes, celles qui touchent à ces deux domaines à la fois mais où les droits de Dieu prédominent, et enfin celles qui touchent aux deux domaines à la fois mais où les droits des hommes prédominent.

Les prescriptions relevant exclusivement des droits de Dieu sont celles qui concernent :

1. Les pratiques purement cultuelles comme la prière, le jeûne, l'aumône légale et le pèlerinage, ainsi que la foi et la soumission à Dieu, fondements du culte : ces pratiques cultuelles visent l'établissement de la religion, indispensable à l'ordre social ; le motif de toutes ces prescriptions est de servir l'intérêt général, et non pas l'intérêt individuel de la personne responsable.

2. Les pratiques cultuelles à fonction utilitaire, comme l'aumône de rupture du jeûne : il s'agit d'un acte de culte en ce sens qu'elle permet de se rapprocher de Dieu en donnant aux pauvres et aux nécessiteux, mais sa fonction n'est pas purement cultuelle car c'est aussi une forme d'impôt dont le but est de préserver la vie. C'est ce qu'on entend par la fonction utilitaire de cette aumône. C'est pour cette raison que l'aumône de rupture du jeûne est due par le chef de famille non seulement pour lui-même, mais aussi pour chaque membre de son foyer, y compris les jeunes enfants et les serviteurs. Si la fonction de cette aumône était purement cultuelle, la personne responsable n'aurait à la payer que pour elle-même. L'aumône légale (la *zakât*) devrait aussi être placée dans cette catégorie et non dans celle des pratiques purement cultuelles, car c'est un acte de culte remplissant en même temps la fonction d'un impôt sur les biens ayant pour but de les préserver. C'est pourquoi les *moujtahid* s'accordent à considérer que l'aumône légale est due sur les biens des incapables, comme les enfants et les aliénés, alors que si c'était un acte purement cultuel elle ne serait due que par les personnes majeures et responsables.

3. Les impôts sur les terres agricoles (dîme ou *kharâj*), quelle que soit la forme qu'ils prennent : ces impôts ont pour objectif de collecter

des fonds devant être dépensés pour des travaux d'utilité publique nécessités par le maintien et l'exploitation de la propriété privée, comme l'entretien des systèmes d'irrigation, la construction de ponts, la réparation des routes et la protection contre les agressions, ainsi que l'aide aux pauvres et aux nécessiteux et les autres actions requises par le bien public et la protection sociale.

Les *ousoûlî* considèrent l'impôt sur les terres à dîme (*al-ard al-'ouchriyya*) comme un acte utilitaire à valeur cultuelle, et l'impôt sur les terres conquises (*al-ard al-kharâjiyya*) comme un acte utilitaire à valeur de sanction. La raison pour laquelle ces deux impôts sont des actes utilitaires est claire, puisque l'acte utilitaire est ce qui permet de préserver quelque chose : or, ces deux impôts permettent de maintenir les terres entre les mains de leurs propriétaires et d'assurer à ceux-ci la possibilité de les faire fructifier en toute sécurité. La raison pour laquelle la dîme sur les terres des Musulmans a une valeur cultuelle est claire également : l'aumône sur les produits de ces terres est en effet destinée aux bénéficiaires de l'aumône légale (*zakât*). Il paraît toutefois moins clair que l'impôt sur les terres conquises (*kharâj*) ait valeur de sanction : en effet, cet impôt a été institué par 'Omar ibn al-Khattâb sur les terres agricoles laissées à leurs propriétaires non musulmans pour financer des travaux d'utilité publique, comme un équivalent à l'impôt institué par Dieu sur les terres des Musulmans pour servir au bien public. Les opinions échangées par 'Omar et les principaux Compagnons à propos de l'institution de cet impôt ne donnent pas à penser qu'il avait valeur de sanction.

4. Les impôts portant sur les butins de guerre et sur les trésors et les minerais enfouis. Le Législateur attribue les quatre-cinquièmes des butins à ceux qui les ont pris, et un cinquième à des objectifs d'utilité publique définis par le verset :

﴿وَٱعْلَمُوٓا۟ أَنَّمَا غَنِمْتُم مِّن شَىْءٍ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُۥ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِى ٱلْقُرْبَىٰ وَٱلْيَتَٰمَىٰ وَٱلْمَسَٰكِينِ وَٱبْنِ ٱلسَّبِيلِ﴾

« *Et sachez que, de tout butin que vous avez pris, le cinquième appartient à Dieu, au Prophète, à ses proches parents, aux orphelins, aux pauvres et aux voyageurs.* »

(Coran, S.8/V.41)

De même, Il attribue les quatre-cinquièmes des minerais et des trésors enfouis à ceux qui les ont découverts, et le cinquième à des objectifs d'utilité publique clairement définis.

5. Certaines catégories de sanctions corporelles : les châtiments prévus à l'encontre des fornicateurs, des voleurs, et des rebelles qui combattent Dieu et Son Prophète (ﷺ) et appellent à la sédition, parce que ces châtiments servent l'intérêt de la société dans son ensemble.

6. Une catégorie de sanction restreinte, à savoir la privation du meurtrier de l'héritage de sa victime : c'est une sanction restreinte car elle est uniquement négative et n'entraîne pas pour le meurtrier de châtiment corporel ni de diminution de ses biens, et elle relève des droits de Dieu car elle n'apporte aucun bénéfice à la victime.

7. Des sanctions à valeur cultuelle, comme l'expiation due par celui qui trahit son serment, par celui qui rompt volontairement le jeûne du Ramadan, ou encore par celui qui a tué quelqu'un par erreur ou qui a répudié son épouse en la comparant au dos de sa mère. Ces actes d'expiation sont des sanctions parce qu'ils sont dus en raison des transgressions commises : on parle d'expiation parce qu'il s'agit d'effacer des fautes. Ils ont une valeur cultuelle parce qu'ils consistent à accomplir des actes pieux, à savoir le jeûne, l'aumône ou l'affranchissement d'un esclave.

Toutes ces catégories de prescriptions relèvent exclusivement des droits de Dieu, et leur objectif législatif est de servir les intérêts des êtres humains en général ; la personne responsable n'a aucune liberté de choix quant à leur exécution et ne peut y renoncer, car elle ne peut renoncer qu'à ce qui lui est propre. La personne responsable ne peut donc renoncer à la prière, au jeûne, au pèlerinage, à la *zakât*, à l'aumône ou à l'impôt obligatoires, ni aux sanctions mentionnées ci-dessus, car toutes ces prescriptions relèvent des droits de Dieu.

Considérons maintenant quelques exemples de prescriptions relevant exclusivement des droits des hommes. Le dédommagement pour un préjudice causé au bien d'autrui est un droit de la personne lésée, qui est libre de l'exiger ou d'y renoncer. De même, la conservation d'un gage est un droit de la personne à qui ce gage a été remis, et exiger le paiement d'une dette est un droit du débiteur. Le Législateur garantit ces droits à leurs sujets, qui sont libres d'en user pleinement ou d'y renoncer totalement ou en partie. En effet, chaque personne responsable est libre d'user comme bon lui semble de ses droits

propres : ces droits ne relèvent pas de l'intérêt général.

L'exemple type de la prescription relevant à la fois des droits de Dieu et de ceux des hommes, et où les droits de Dieu prédominent, est celui du châtiment prévu pour la calomnie : en tant que protection de l'honneur des gens et en tant que remède contre l'esprit de vengeance et la violence, il sert l'intérêt général ; mais en tant que réparation faite à la femme injustement calomniée et proclamation de son innocence, il sert son intérêt individuel et relève donc des droits des hommes. C'est toutefois le premier aspect de cette sanction qui est le plus évident, et ce sont donc les droits de Dieu qui prédominent. Par conséquent, il n'appartient pas à la femme calomniée d'exempter son calomniateur du châtiment, car elle n'a pas à intervenir dans une sanction relevant principalement des droits de Dieu. Il ne lui appartient pas non plus d'appliquer elle-même le châtiment, car les châtiments relevant exclusivement ou principalement des droits de Dieu ne peuvent être appliqués que par les autorités, et ne sauraient l'être par la victime.

L'exemple type de la prescription relevant à la fois des droits de Dieu et de ceux des hommes et où les droits des hommes prédominent est celui du châtiment du talion pour l'homicide volontaire. En tant que mesure de protection de la vie humaine, le talion sert l'intérêt général. Toutefois, puisque la famille de la victime peut pardonner au meurtrier et renoncer à l'application du châtiment, il sert également un intérêt particulier. Mais c'est ici le second aspect qui prédomine, et le talion relève donc principalement des droits des hommes. C'est pour cela que le représentant légal de la victime peut épargner le meurtrier, et que le talion n'est appliqué à ce dernier qu'à la demande du représentant légal de la victime.

Nous voyons donc que les sanctions définies précisément dans le Coran, c'est-à-dire les cinq châtiments prescrits par la charia, se partagent entre plusieurs des catégories ci-dessus. Certaines relèvent exclusivement des droits de Dieu : ce sont les châtiments prévus pour la fornication, le vol et la sédition ; une autre, le châtiment du calomniateur, relève à la fois des droits de Dieu et de ceux des hommes, mais les droits de Dieu y prédominent. Dans ces deux cas de figure, la victime n'a pas la possibilité de pardonner au criminel, ni d'exécuter elle-même le châtiment : en effet, ces sanctions relèvent exclusivement ou principalement des droits de Dieu, et le pouvoir d'y renoncer ne revient qu'à Dieu, ou au chef de l'État qui est responsable

de leur application. Quant au talion, il relève à la fois des droits de Dieu et de ceux des hommes, mais les droits des hommes y prédominent : le représentant légal de la victime a donc le droit de pardonner au meurtrier, et s'il décide de prendre la vie du meurtrier il a le droit d'appliquer lui-même le châtiment. Dieu dit en effet :

﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ كُتِبَ
عَلَيۡكُمُ ٱلۡقِصَاصُ فِي ٱلۡقَتۡلَىۖ ٱلۡحُرُّ بِٱلۡحُرِّ وَٱلۡعَبۡدُ بِٱلۡعَبۡدِ وَٱلۡأُنثَىٰ
بِٱلۡأُنثَىٰۚ فَمَنۡ عُفِيَ لَهُۥ مِنۡ أَخِيهِ شَيۡءٞ فَٱتِّبَاعُۢ بِٱلۡمَعۡرُوفِ وَأَدَآءٌ
إِلَيۡهِ بِإِحۡسَٰنٖۗ ﴾

« Ô vous qui croyez ! Le talion vous est prescrit en cas de meurtre : l'homme libre pour l'homme libre, l'esclave pour l'esclave, la femme pour la femme. Quant à celui auquel son frère aura accordé une remise de cette peine, on lui demandera un dédommagement conforme à l'usage et il s'en acquittera avec empressement. »

(Coran, S.2/V.178)

Ce qui précède appelle deux remarques :

1. Tous les châtiments prévus par la charia relèvent des droits de Dieu, c'est-à-dire servent les intérêts de la société ; ils peuvent toutefois relever exclusivement des droits de Dieu ou bien relever également des droits des hommes, et ce peut être soit les droits de Dieu, soit ceux des hommes qui prédominent.

2. La charia diffère du droit pénal positif par son point de vue sur l'application du talion en cas d'homicide volontaire et sur la punition de la femme adultère. La charia considère en effet que l'application du talion pour l'homicide volontaire relève à la fois des droits de la partie lésée, c'est-à-dire du représentant légal de la victime, et des droits de Dieu, c'est-à-dire de la société, mais que les droits de la partie lésée prédominent. Il découle du fait que les droits de la partie lésée prédominent, que la charia accorde à la partie lésée le droit de demander réparation par le talion, le droit, si le meurtrier est

condamné, de renoncer à l'application du talion, ou enfin le droit d'appliquer personnellement le châtiment. Il découle du fait que le talion concerne aussi les droits de Dieu, que les autorités peuvent, si la partie lésée pardonne au meurtrier, condamner celui-ci à une peine dissuasive adéquate, car le renoncement de l'un des deux titulaires d'un droit n'annule pas le droit de l'autre. Par contre, le droit positif considère que le châtiment du meurtrier relève exclusivement des droits de la société et que l'abandon des poursuites est de la compétence du procureur ; par conséquent, le droit de faire grâce au meurtrier ou d'appliquer le châtiment n'appartient pas à la partie lésée mais aux autorités.

Dans le cas de la punition de la femme adultère, c'est la charia qui considère que la punition relève exclusivement des droits de Dieu, c'est-à-dire de la société. L'abandon des poursuites est donc de la compétence du procureur, et l'application de la peine est de la compétence de l'exécutif : ni l'époux ni personne d'autre n'a le droit d'arrêter les poursuites contre la femme adultère ni de renoncer à l'application de la peine prononcée. Par contre, dans le droit positif, les poursuites ne sont engagées que si l'époux porte plainte ; celui-ci peut arrêter les poursuites, ou si une peine a été prononcée, il peut arrêter l'application de cette peine en acceptant de reprendre la vie commune.

RÈGLE TROIS

LES CAS OÙ L'*IJTIHÂD* EST PERMIS

L'*ijtihâd* n'est pas permis dans les cas régis par un texte explicite indiscutable.

Le terme *ijtihâd* (interprétation juridique) désigne, dans la terminologie des *ouṣoûlî*, l'effort pour dégager une prescription de la charia sur la base d'une indication juridique précise.

Si le cas sur lequel on cherche à statuer fait l'objet d'une indication juridique explicite et dont l'origine et la signification sont indiscutables, l'*ijtihâd* ne peut s'y exercer, et il faut obligatoirement appliquer la prescription énoncée par le texte. En effet, puisque l'origine de ce texte est indiscutable, il n'y a pas lieu de recourir à l'*ijtihâd* pour établir qu'il provient bien de Dieu ou du Prophète (ﷺ) ; et puisque la signification du texte est également indiscutable, il n'y a pas lieu non plus de recourir à l'*ijtihâd* pour en préciser le sens ou en dégager une prescription. C'est pourquoi les versets prescriptifs expliqués, dont la signification est manifeste et qui ne sont pas susceptibles d'interprétation, doivent être appliqués sans que l'*ijtihâd* puisse s'exercer sur les cas qu'ils concernent. Ainsi, dans la Parole de Dieu :

﴿ ٱلزَّانِيَةُ وَٱلزَّانِي فَٱجْلِدُوا۟ كُلَّ وَٰحِدٍ مِّنْهُمَا مِا۟ئَةَ جَلْدَةٍ ﴾

« *Le fornicateur et la fornicatrice, fouettez-les chacun de cent coups de fouet.* »

(Coran, S.24/V.2)

Le nombre de coups de fouets ne peut faire l'objet d'un *ijtihâd*. Il en est de même pour tous les textes fixant précisément une peine ou une expiation. La signification de la Parole de Dieu :

﴿وَأَقِيمُوا الصَّلَوٰةَ وَءَاتُوا الزَّكَوٰةَ﴾

« *Acquittez-vous de la prière, faites l'aumône légale.* »
(Coran, S.73/V.20)

ne peut pas non plus donner lieu à l'*ijtihâd* une fois que la pratique du Prophète (ﷺ) a expliqué la signification exacte des termes « prière » et « zakât ». Donc, à partir du moment où un texte est explicite et où sa signification est précisée soit par ses termes mêmes, soit par les explications que le Législateur y a ajouté, l'*ijtihâd* sur le contenu de ce texte n'a pas lieu d'être. Cela concerne aussi bien les versets coraniques expliqués que la sunna avérée (*moutawâtira*) expliquée, comme par exemple le *ḥadîth* indiquant les biens sur lesquels la *zakât* est exigible et précisant la quantité minimale imposable et le taux de la *zakât* pour chacun de ces biens.

Par contre, si le cas sur lequel on cherche à statuer a fait l'objet d'un texte dont l'origine, ou la signification, ou les deux à la fois, sont conjecturales, l'*ijtihâd* a son rôle à jouer. En effet, le *moujtahid* doit vérifier les voies de transmission de l'indication conjecturale, la manière dont elle nous est parvenue du Prophète (ﷺ) et l'honnêteté, la fiabilité et la véracité des rapporteurs. C'est là un domaine où les *moujtahid* peuvent diverger dans leur évaluation des indications, certains accordant foi à tel ou tel rapporteur tandis que d'autres rejettent ses récits : ceci est une des sources possibles des divergences survenant entre les *moujtahid* sur un grand nombre de prescriptions pratiques.

Si le *moujtahid* est satisfait de la fiabilité des transmetteurs du récit, son effort d'interprétation se porte alors sur les prescriptions que l'on peut dégager de cette indication et sur les cas auxquels ces prescriptions s'appliquent. En effet, l'indication peut posséder une signification littérale qui n'est pas son sens véritable ; elle peut être exprimée en termes généraux, ou indéfinis ; elle peut prendre la forme d'une phrase impérative ou impérative négative. L'effort d'interprétation juridique permet au *moujtahid*, en s'appuyant sur les règles linguisti-

ques, sur les objectifs et les principes généraux du Législateur et sur les autres textes prescriptifs au sens clairement établi, de déterminer si le texte doit être lu littéralement ou interprété, si la portée des termes généraux doit rester générale ou être restreinte, si la signification des termes indéfinis doit ou non être qualifiée, si l'impératif exprime une obligation ou autre chose, et si l'impératif négatif exprime une interdiction ou autre chose ; tout cela lui permet de savoir si le texte s'applique ou non au cas qui lui est soumis.

De même, lorsqu'aucun texte ne contient de prescription sur le cas à juger, l'*ijtihâd* a un rôle important à jouer. En effet, il appartient alors au *moujtahid* de s'efforcer de parvenir au jugement approprié au moyen du raisonnement analogique (*qiyâs*), du choix préférentiel (*istiḥsân*), de la présomption de continuité (*istiṣḥâb*), ou en se référant à l'usage ou à l'intérêt général. Bref, l'*ijtihâd* s'exerce dans deux domaines : pour les cas non mentionnés par les Textes, et pour ceux faisant l'objet d'un texte conjectural ; il n'a pas lieu d'être dans les cas couverts par un texte indiscutable.

La théorie du droit positif suit la même logique. Ainsi le livre "Ouṣoûl al-qawânîn" dit-il : « Lorsque la loi est explicite, il n'est pas permis de l'interpréter ni d'en altérer les textes sous prétexte que l'esprit de la loi le requiert, même si le juge est personnellement convaincu que la loi est injuste ; en effet, cela relève de la responsabilité du Législateur, et la mission du juge se limite à juger selon la loi, et non pas à juger la loi elle-même. »

L'article 29 du règlement des tribunaux matrimoniaux égyptiens stipule par ailleurs que : « Si le juge ne trouve pas de texte de loi explicite il statue sur le cas qui lui est soumis selon les règles de l'équité. » Donc, s'il existe un texte de loi explicite, c'est à lui et seulement à lui que le juge doit se référer.

Les compétences requises pour pratiquer l'*ijtihâd*

Nous avons vu dans quels domaines l'*ijtihâd* peut s'exercer ; voyons maintenant qui est compétent pour le pratiquer.

Quatre conditions doivent être remplies pour pouvoir pratiquer l'*ijtihâd* :

1. Il faut connaître parfaitement la langue arabe, tant sur le plan du lexique que de la sémantique et de la rhétorique, et posséder une appréciation de ses procédés stylistiques acquise grâce à une connaissance approfondie de la littérature et de la poésie arabes. En effet, le *moujtahid* est avant tout confronté aux Textes du Coran et de la sunna et doit pouvoir les comprendre comme les Arabes dans la langue desquels ces Textes sont formulés et appliquer les règles linguistiques permettant de saisir leur signification.

2. Il faut connaître le Coran, et en particulier connaître parfaitement les prescriptions de la charia énoncées dans le Coran et les versets contenant ces prescriptions, ainsi que les procédés par lesquels ces prescriptions se comprennent à partir des Textes. Cette connaissance permet au *moujtahid*, lorsqu'un cas lui est soumis, d'avoir à l'esprit tous les versets prescriptifs du Coran pouvant concerner ce cas, ce qui est connu des causes de leur révélation, et tous les récits concernant l'explication et l'interprétation de ces versets. Tout cela lui permet de déduire la prescription s'appliquant au cas en question.

Les versets prescriptifs du Coran ne sont pas très nombreux et certains exégètes leur ont consacré des ouvrages particuliers. Il est possible de rassembler tous les versets traitant de telle ou telle question, afin que l'on puisse facilement se référer, par exemple, à tous les versets énonçant les prescriptions coraniques sur le divorce, sur le mariage, sur l'héritage, sur les sanctions pénales, sur les transactions, etc. Il est également facile d'adjoindre à ces versets tous les récits authentifiés concernant les causes de leur révélation et les *ḥadîth* qui en précisent la signification ou qui les expliquent. Ce procédé permet de se référer facilement à la source juridique que constitue le Coran et de confronter les différents aspects de telle ou telle question, afin de comprendre les Textes à la lumière les uns des autres. On ne saurait en effet considérer un verset isolément, étant donné que les différents versets du Coran s'éclairent mutuellement.

3. Il faut également connaître la sunna, c'est-à-dire connaître parfaitement les *ḥadîth* prescriptifs afin d'avoir à l'esprit toutes les prescriptions apportées par la sunna pour chaque domaine des actions humaines ; il faut en même temps connaître le degré d'authenticité de chaque récit, donc la fiabilité de sa transmission. Les érudits musulmans ont accompli un travail remarquable dans le domaine de la sunna : ils ont soumis la transmission de chaque récit à un examen méticuleux, fournissant à leurs successeurs les outils nécessaires à

l'examen de ces Textes ; cela a permis de classer les *ḥadîth* selon leur degré de certitude, en *ḥadîth* avérés (*moutawâtir*), notoires (*machhoûr*), authentiques (*ṣaḥîḥ*), bons (*ḥasan*), ou faibles (*ḍa'îf*).

Les érudits musulmans ont également rassemblé en des recueils les *ḥadîth* prescriptifs, et les ont classés selon les divers domaines du droit, permettant ainsi de se référer facilement aux prescriptions de la sunna authentifiée concernant, par exemple, la vente, le divorce, le mariage, les sanctions pénales, etc. On peut se référer aux versets et aux *ḥadîth* concernant telle ou telle question, et comprendre les prescriptions de la charia à la lumière de ces Textes : l'un des meilleurs ouvrages de référence en ce domaine est "Nayl al-awṭâr" de l'imam ach-Chawkânî.

4. Il faut connaître les règles du raisonnement analogique (*al-qiyâs*), donc connaître la raison d'être (*al-'illa*) et le but (*al-ḥikma*) des prescriptions, ainsi que les procédés au moyen desquels le Législateur nous permet de connaître la raison d'être des prescriptions. Il faut également avoir une connaissance approfondie de la réalité pratique des cas à traiter, afin de déterminer si la raison d'être de telle prescription se retrouve dans tel autre cas non mentionné par les Textes. Il faut enfin pouvoir déterminer où se situe l'intérêt des gens et connaître leurs usages, et savoir quelles actions peuvent conduire au bien et lesquelles peuvent conduire au mal : ainsi, si le raisonnement analogique ne permet pas de dégager de prescription sur le cas à traiter, le *moujtahid* pourra-t-il déduire une prescription au moyen d'un des autres procédés acceptés par la charia pour statuer sur les cas non mentionnés par les Textes.

Il convient enfin d'attirer l'attention sur trois points :

— L'*ijtihâd* constitue un tout : on ne peut concevoir qu'un érudit soit *moujtahid* dans le domaine du divorce et ne le soit pas dans celui des ventes, ou qu'il soit *moujtahid* dans le domaine pénal et ne le soit pas dans le domaine du culte. En effet, comme nous l'avons vu, le *moujtahid* doit posséder une compétence lui permettant de comprendre les Textes, d'en dégager les prescriptions de la charia et de déduire des prescriptions pour les cas non mentionnés par les Textes : lorsqu'un érudit remplit les conditions pour être *moujtahid* et possède une telle compétence, on ne saurait imaginer qu'il puisse l'appliquer à un domaine mais pas à un autre. Certes, un érudit peut se spécialiser dans un domaine, par exemple le droit civil ou le droit

pénal, mais cela ne signifie pas qu'il soit compétent pour pratiquer l'*ijtihâd* uniquement dans son domaine de spécialité et pas dans un autre. En effet, le *moujtahid* s'appuie sur la compréhension des principes généraux sur lesquels le Législateur a fondé la Loi et de l'esprit de cette Loi, donc sur des éléments communs à tous les domaines de la charia. Pour arriver à une telle compréhension, il doit connaître parfaitement les prescriptions de la Loi et leurs motifs, dans tous les domaines. Ainsi, par exemple, le *moujtahid* peut s'appuyer, pour trancher sur un cas concernant le mariage, sur un principe ou une raison d'être appartenant aux prescriptions concernant les ventes. Le *moujtahid* doit donc nécessairement avoir une connaissance exhaustive de toutes les prescriptions du Coran et de la sunna, et pouvoir s'appuyer sur la comparaison de ces prescriptions et sur leurs principes généraux pour aboutir à une déduction juste.

— L'*ijtihâd* est un acte louable : le *moujtahid* est doublement récompensé si ses déductions sont justes, d'une part pour son effort d'interprétation, d'autre part pour être arrivé à la vérité ; mais il est aussi récompensé pour l'effort d'interprétation accompli, même si le résultat est faux. En effet, Dieu n'a pas laissé l'être humain sans secours : Il a conféré un statut juridique à chaque action humaine, et mis à notre disposition des indications permettant de connaître Son jugement sur chaque action ; Il a également requis de ceux qui en ont la compétence, d'étudier ces indications afin de connaître Son jugement. Par conséquent, lorsque quelqu'un possède les compétences nécessaires pour pratiquer l'*ijtihâd*, et que son effort d'interprétation le conduit à un jugement, il en est récompensé, et il a le devoir d'appliquer les conclusions de son *ijtihâd* dans ses jugements et ses avis juridiques puisqu'il y a selon lui une forte présomption qu'elles correspondent au jugement de Dieu. Or, nous avons vu qu'une forte présomption suffit à rendre une action obligatoire. Toutefois, l'application des résultats de son *ijtihâd* ne sera pas obligatoire pour les autres personnes, car aucun individu n'est compétent, après le Prophète (ﷺ), pour établir des prescriptions ayant force de loi pour les autres Musulmans. Il est simplement permis, pour ceux qui ne possèdent pas les aptitudes nécessaires pour pratiquer l'*ijtihâd* et dégager eux-mêmes les prescriptions des Textes, de se conformer à l'avis des *moujtahid* en application de la Parole de Dieu :

﴿فَسْـَٔلُوٓاْ أَهْلَ ٱلذِّكْرِ إِن كُنتُمْ لَا تَعْلَمُونَ ﴿٤٣﴾﴾

« *Interrogez donc ceux qui possèdent le Rappel, si vous ne savez pas.* »

(Coran, S.16/V.43)

— Un *ijtihâd* ne peut en annuler un autre. Si un *moujtahid* a émis un jugement sur un cas donné, puis que le cas lui apparaît sous un autre jour et qu'il arrive à d'autres conclusions, il ne peut casser son premier jugement, de même qu'un autre *moujtahid* qui aboutirait à des conclusions différentes ne peut casser le jugement du premier. En effet, le second *ijtihâd* n'est pas nécessairement plus juste que le premier, et les conclusions d'un *moujtahid* n'ont pas la priorité sur celles d'un autre. En outre, si un *ijtihâd* pouvait en casser un autre, les jugements prononcés n'auraient plus de valeur et pourraient être annulés à tout moment, ce qui entraînerait de graves difficultés. On rapporte que 'Omar ibn al-Khaṭṭâb avait émis un jugement sur un cas, puis que son opinion sur la question avait changé ; il ne cassa toutefois pas son premier jugement, mais jugea un cas similaire selon son nouvel *ijtihâd* en disant : « Notre premier jugement est maintenu pour le premier cas, et ce jugement-ci s'applique au cas présent. » De même, Aboû Bakr avait prononcé certains jugements, et 'Omar émit des avis différents par la suite, sans pour autant casser les jugements prononcés par Aboû Bakr. C'est en ce sens qu'il faut comprendre ces propos de 'Omar à Aboû Moûsâ al-Ach'arî lorsqu'il lui confia la fonction de juge : « Si tu émets un jugement en ton âme et conscience, puis que tu changes d'avis, que le premier jugement ne t'empêche pas de revenir à la vérité : mieux vaut revenir à la vérité que persister dans l'erreur. »

RÈGLE QUATRE

L'ABROGATION DES PRESCRIPTIONS

Aucune prescription du Coran ou de la sunna ne peut être abrogée après la mort du Prophète (ﷺ). De son vivant, la volonté de légiférer progressivement et selon l'utilité a rendu nécessaire l'abrogation totale ou partielle de certaines prescriptions énoncées dans le Coran ou la sunna par d'autres textes de l'une de ces deux sources.

L'abrogation (*an-naskh*) signifie, dans la terminologie des *ouṣoûlî*, l'annulation de l'application d'une prescription de la charia sur la base d'une indication postérieure annonçant explicitement ou implicitement cette annulation, qui peut être totale ou partielle et qui sert un but utilitaire ; ou bien c'est l'apparition d'une indication postérieure qui abroge implicitement l'application de l'indication antérieure.

Pourquoi les prescriptions peuvent être abrogées

L'abrogation existe dans la charia, tout comme elle existe également dans toute législation positive. En effet, la législation, qu'elle soit divine ou positive, a toujours pour objectif de servir les intérêts des êtres humains, des intérêts qui peuvent varier selon les circonstances. Une prescription peut être promulguée dans un but utilitaire rendu nécessaire par certaines causes : si les causes disparaissent, l'utilité de la prescription disparaîtra aussi et elle n'aura plus lieu d'être. Par exemple, on rapporte que des délégations de tribus ayant adopté l'Islam se rendirent à Médine durant la période de la fête du sacrifice,

et que le Prophète (ﷺ), souhaitant que leurs frères leur fassent bon accueil, interdit aux Musulmans de conserver la viande du sacrifice afin que les délégations en reçoivent une part généreuse ; après leur départ, il permit aux Musulmans de conserver la viande en disant : « Si je vous ai interdit de conserver la viande des bêtes égorgées comme offrandes, c'était pour (que vous en nourrissiez) la foule, mais je vous autorise maintenant à la conserver. » En outre, la justice requiert qu'on légifère progressivement, sans imposer brusquement des difficultés nouvelles aux gens et sans les priver brusquement de ce qu'il leur est difficile d'abandonner : cette démarche progressive nécessite que la loi soit révisée et modifiée. Ainsi, Dieu Tout-Puissant n'a pas interdit le vin dès le début de la Révélation : Il a commencé par montrer que le vin comprend à la fois un grand péché et certains avantages, mais que le péché est plus important que ces avantages. C'était déjà une préparation à son interdiction, car lorsque les effets négatifs de quelque chose sont plus importants que ses effets positifs, la raison demande que l'on s'en abstienne. Puis dans un second temps, Dieu ordonna aux Musulmans de ne pas approcher la prière lorsqu'ils étaient ivres, ce qui devait encore plus les pousser à éviter le vin : les prières ayant lieu à plusieurs moments différents de la journée, il était difficile de continuer à boire tout en étant sûr de rester sobre aux heures des prières. Enfin, après cette préparation, Dieu révéla le texte explicite affirmant que le vin est l'œuvre du Démon, et ordonnant de s'en abstenir totalement. La même démarche se retrouve dans la loi de l'héritage : aux débuts de l'Islam, les règles en vigueur au temps du paganisme furent conservées ; puis l'Islam réforma progressivement ce système, abrogeant d'abord l'héritage par l'adoption, puis l'héritage par les liens d'alliance et de fraternisation ; ce ne fut qu'ensuite que furent révélées les prescriptions détaillées régissant l'héritage en Islam et que le système d'héritage païen fut totalement aboli.

Les différentes sortes d'abrogation

L'abrogation explicite et l'abrogation implicite

L'abrogation est explicite lorsque le Législateur dit explicitement, dans le nouveau texte, que la loi précédente est abrogée. C'est le cas

par exemple dans la Parole de Dieu :

﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ حَرِّضِ
ٱلْمُؤْمِنِينَ عَلَى ٱلْقِتَالِ ۚ إِن يَكُن مِّنكُمْ عِشْرُونَ صَٰبِرُونَ
يَغْلِبُوا۟ مِا۟ئَتَيْنِ ۚ وَإِن يَكُن مِّنكُم مِّا۟ئَةٌ يَغْلِبُوٓا۟ أَلْفًا مِّنَ
ٱلَّذِينَ كَفَرُوا۟ بِأَنَّهُمْ قَوْمٌ لَّا يَفْقَهُونَ ﴿٦٥﴾ ٱلْـَٰٔنَ خَفَّفَ
ٱللَّهُ عَنكُمْ وَعَلِمَ أَنَّ فِيكُمْ ضَعْفًا ۚ فَإِن يَكُن مِّنكُم مِّا۟ئَةٌ
صَابِرَةٌ يَغْلِبُوا۟ مِا۟ئَتَيْنِ ۚ وَإِن يَكُن مِّنكُمْ أَلْفٌ يَغْلِبُوٓا۟ أَلْفَيْنِ
بِإِذْنِ ٱللَّهِ ۗ وَٱللَّهُ مَعَ ٱلصَّٰبِرِينَ ﴿٦٦﴾ ﴾

« Ô Prophète, incite les croyants au combat. S'il se trouve parmi vous vingt hommes endurants, ils en vaincront deux cents. S'il s'en trouve cent, ils vaincront mille incroyants, car ce sont des gens qui ne comprennent rien. Dieu a maintenant allégé votre tâche, sachant qu'il y a en vous de la faiblesse. S'il se trouve parmi vous cent hommes endurants, ils en vaincront deux cents. S'il s'en trouve mille, ils en vaincront deux mille, avec la permission de Dieu : Dieu est avec ceux qui sont endurants. »

(Coran, S.8/V.65-66)

Cette abrogation explicite se retrouve également dans des *hadîth* comme : « Je vous avais interdit de vous rendre sur les tombes : rendez-vous-y désormais, elles vous rappellent l'Au-delà », ou : « Si je vous ai interdit de conserver la viande des bêtes égorgées comme offrandes, c'était pour (que vous en nourrissiez) la foule, mais je vous autorise maintenant à la conserver. »

L'abrogation explicite est fréquente dans le droit positif, où la plupart des lois qui sont promulguées viennent modifier des lois plus anciennes et indiquent explicitement quelle partie des lois précédentes elles abrogent, ou bien stipulent que toute loi antérieure en contra-

diction avec le nouveau texte est annulée. Ainsi, par exemple, le décret royal promulguant la Constitution égyptienne de 1930 stipulait explicitement que la Constitution de 1923 était abrogée.

L'abrogation est implicite lorsque le Législateur ne stipule pas explicitement que la loi précédente est abrogée, mais promulgue une loi nouvelle contredisant la précédente et ne pouvant être conciliée avec elle : la seule issue étant d'annuler l'une de ces deux lois, on considère que la nouvelle loi abroge implicitement l'ancienne.

L'abrogation implicite est fréquente dans la charia. Ainsi, la Parole de Dieu :

﴿ كُتِبَ عَلَيْكُمْ
إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ ٱلْمَوْتُ إِن تَرَكَ خَيْرًا ٱلْوَصِيَّةُ لِلْوَٰلِدَيْنِ
وَٱلْأَقْرَبِينَ بِٱلْمَعْرُوفِ ﴾

« Voici ce qui vous est prescrit : quand la mort est proche de l'un de vous et s'il laisse des biens, il doit faire un testament en faveur de ses père et mère et de ses proches, conformément à l'usage. »

(Coran, S.2/V.180)

Elle indique que celui qui possède des biens doit les partager équitablement par testament entre ses parents et ses proches. Le verset de l'héritage :

﴿ يُوصِيكُمُ ٱللَّهُ فِىٓ أَوْلَٰدِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ ٱلْأُنثَيَيْنِ ﴾

« Voici ce que Dieu vous ordonne au sujet de vos enfants : donnez au fils une part égale à celle de deux filles... »

(Coran, S.4/V.11)

Il indique, lui, que Dieu a fixé le partage de l'héritage selon Sa sagesse, et que le propriétaire des biens n'est donc plus libre de les partager lui-même entre ses héritiers. Cette seconde prescription est en contradiction avec la première, et les juristes s'accordent à

considérer qu'elle l'abroge. D'où ce *hadîth* du Prophète (ﷺ) après la révélation du verset de l'héritage : « Dieu a donné à chacun la part qui lui revient, donc pas de testament en faveur d'un héritier. »

Comme exemples d'abrogation implicite dans le droit positif, citons le décret royal promulguant la Constitution égyptienne de 1923 : de nombreux articles de ce texte contredisaient ceux de la Constitution précédente, mais leur abrogation n'était pas mentionnée explicitement ; l'abrogation était donc implicite. De même, le nouveau code pénal égyptien ne stipulant pas explicitement que les articles de l'ancien code pénal qu'il contredit sont abrogés, on considère qu'il y a abrogation implicite. Certains juristes considèrent que l'abrogation implicite suffit et que l'abrogation explicite est superflue car elle apporte une confirmation inutile : en effet, lorsque le Législateur promulgue une loi contredisant une loi antérieure, et ne pouvant être conciliée avec elle, il ne peut s'agir que d'une révision de la loi antérieure annulant celle-ci, et aucune confirmation n'est nécessaire pour le prouver.

L'abrogation totale et l'abrogation partielle

L'abrogation est totale lorsque le Législateur annule totalement l'application à toutes les personnes responsables d'une prescription antérieure. Ainsi, les prescriptions concernant l'héritage et l'interdiction de faire un testament en faveur de ses héritiers abrogeaient l'obligation de faire un testament en faveur de ses parents et de ses proches. De même, la fixation du délai d'attente de la veuve à quatre mois et dix jours abrogeait l'usage antérieur qui le fixait à un an ; Dieu a d'abord dit :

﴿ وَٱلَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَٰجًا وَصِيَّةً لِّأَزْوَٰجِهِم مَّتَٰعًا إِلَى ٱلْحَوْلِ غَيْرَ إِخْرَاجٍ ﴾

« *Ceux d'entre vous qui meurent en laissant des épouses feront en leur faveur un legs, assurant leur entretien pendant un an ; elles ne seront pas expulsées de chez elles.* »

(Coran, S.2/V.240)

﴿ وَٱلَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَٰجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا ﴾

Puis Il a dit :

« *Ceux d'entre vous qui meurent en laissant des épouses : elles doivent observer une période d'attente de quatre mois et dix jours.* »

(Coran, S.2/V.234)

L'abrogation est partielle soit lorsqu'une prescription s'applique dans un premier temps à toutes les personnes responsables en général, puis que son application est annulée en ce qui concerne certaines personnes ; soit lorsqu'une prescription est dans un premier temps indéfinie, puis qu'elle est qualifiée de telle sorte que son application est annulée dans certaines circonstances.

Par exemple, la Parole de Dieu :

﴿ وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ ٱلْمُحْصَنَٰتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا۟ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَآءَ فَٱجْلِدُوهُمْ ثَمَٰنِينَ جَلْدَةً ﴾

« *Et ceux qui portent des accusations infamantes contre les femmes honnêtes sans pouvoir produire quatre témoins sont passibles de quatre-vingts coups de fouet.* »

(Coran, S.24/V.4)

Elle indique que celui qui calomnie une femme honnête sans apporter de preuve est puni de quatre-vingts coups de fouet, qu'il s'agisse du mari ou d'un autre. Puis la Parole de Dieu :

﴿ وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَٰجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَآءُ إِلَّآ أَنفُسُهُمْ فَشَهَٰدَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَٰدَٰتٍۭ بِٱللَّهِ ۙ إِنَّهُۥ لَمِنَ ٱلصَّٰدِقِينَ ٦ ﴾

> « *Et ceux qui lancent des accusations contre leurs épouses et n'ont pas d'autre témoin qu'eux-mêmes, leur témoignage consiste à témoigner à quatre reprises, au nom de Dieu, qu'ils disent la vérité...* »
>
> (Coran, S.24/V.6)

Elle indique que si c'est l'époux qui accuse sa femme, il n'est pas puni par le fouet mais les époux doivent prononcer les malédictions contradictoires. Le deuxième texte abroge donc la punition du calomniateur par le fouet en ce qui concerne l'époux.

On ne parle d'abrogation partielle que lorsque la prescription a, dans un premier temps, été promulguée en des termes généraux ou indéfinis, puis que plus tard une autre prescription est promulguée au sujet de certaines des personnes concernées par la première prescription, ou qu'une précision nouvelle vient la qualifier par la suite. Par contre, si dans un même texte la prescription est formulée en des termes généraux puis que son application est restreinte à certaines personnes, il ne s'agit pas d'abrogation mais d'une restriction venant préciser le sens des termes généraux du texte ; de même, si une prescription indéfinie est qualifiée de cette manière, la qualification sert à préciser le sens des termes indéfinis du texte et ne constitue pas une abrogation.

Les *ou<u>s</u>oûlî* disent donc qu'il est fait exception de certains des individus désignés par le terme général, ou qu'une précision qualifie le terme indéfini, si la restriction ou la qualification est apportée par une indication accompagnant la promulgation de la prescription formulée en termes généraux ou indéfinis : il s'agit alors d'une explication des termes généraux ou indéfinis du texte et non d'une abrogation.

Les prescriptions de la charia ont donc été promulguées progressivement sur une durée de vingt-deux ans : toutefois, depuis la mort du Prophète (ﷺ) et l'arrêt de la Révélation, la charia constitue un tout indissociable ayant force de loi pour les Musulmans. Les prescriptions restrictives qu'elle comprend précisent le sens des textes généraux, et les prescriptions définies précisent le sens des textes indéfinis, sans que l'on ait à tenir compte de la position de tel ou tel verset ou de telle ou telle sourate dans le Coran, exception faite des textes abrogeants et abrogés.

L'abrogation peut être le remplacement d'une prescription par une autre, comme dans le cas de l'abrogation de l'obligation de faire un

testament en faveur de ses parents et de ses proches par les règles du partage de l'héritage, dans celui de l'abrogation de la prescription fixant Jérusalem comme direction de la prière par le verset prescrivant de se tourner vers la Ka'ba, ou encore dans le cas du remplacement du délai d'attente d'un an observé par la veuve par un délai d'attente de quatre mois et dix jours. L'abrogation peut aussi être l'annulation pure et simple d'une prescription, comme dans le cas de l'abrogation du mariage temporaire.

La prescription nouvelle peut être d'une difficulté égale à la prescription abrogée, elle peut être moins difficile, mais elle peut aussi comporter une plus grande difficulté. En effet, l'annulation et le remplacement de certaines prescriptions sont justifiés par l'intérêt des êtres humains : or, il peut être nécessaire, pour servir leur intérêt, de leur imposer une difficulté supplémentaire. Ainsi, l'interdiction du vin et des jeux de hasard entraîne une difficulté plus grande que leur permission, mais elle vise l'intérêt des hommes. Dieu dit :

﴿ مَا نَنسَخْ مِنْ ءَايَةٍ أَوْ نُنسِهَا نَأْتِ بِخَيْرٍ مِّنْهَآ أَوْ مِثْلِهَآ ﴾

« Dès que nous abrogeons un verset ou que nous le faisons oublier, nous en apportons un meilleur ou un semblable. »

(Coran, S.2/V.106)

Si le mot « *âya* » (signe ou verset) du texte arabe désigne bien ici les versets du Coran, il faut comprendre par « meilleur » plus utile aux êtres humains, que cela comporte pour eux une difficulté plus importante, égale ou moindre.

Ce qui peut et ce qui ne peut pas être abrogé

Tous les textes du Coran et de la sunna n'étaient pas, même du vivant du Prophète (ﷺ), susceptibles d'être abrogés par un texte postérieur. Certains textes définitifs ne sont pas susceptibles d'être abrogés ; ils entrent dans trois catégories :

1. Les textes comportant des prescriptions fondamentales ne

pouvant varier selon les circonstances et ne pouvant faire l'objet d'une évaluation subjective. Ce sont, par exemple, les textes énonçant l'obligation de croire en Dieu, en Ses Prophètes, en Ses Écritures et au Jour dernier, ainsi que ceux concernant les autres croyances fondamentales et le culte. Ce sont également les textes concernant les vertus essentielles comme la piété filiale, l'honnêteté, la justice, etc. : toutes les vertus dont on ne saurait en aucun cas imaginer qu'elles puissent devenir mauvaises. Ce sont enfin les textes concernant les principaux crimes comme l'idolâtrie, le meurtre, le reniement de ses parents, le mensonge ou l'injustice, donc tous les crimes dont on ne saurait en aucun cas imaginer qu'ils puissent devenir bons. Il existe également dans le droit positif des textes ne pouvant être abrogés, comme les articles 156 et 158 de la Constitution égyptienne.

2. Les textes prescriptifs dont la formulation exprime l'insistance, car l'insistance implique que ces prescriptions ne seront pas abrogées. Ainsi, dans la Parole de Dieu au sujet de ceux qui calomnient les femmes honnêtes,

﴿وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا﴾

« *Et n'acceptez plus jamais leur témoignage.* »
(Coran, S.24/V.4)

le mot « jamais » (*abadan* dans le texte arabe) indique que cette prescription ne sera jamais abolie. De même, dans la parole du Prophète (ﷺ) : « Le *jihâd* se poursuivra jusqu'au Jour dernier », le fait que le *jihâd* se poursuivra jusqu'au Jour dernier indique que ce devoir est prescrit jusqu'à la fin des temps.

3. Les textes prenant la forme de récits évoquant des événements passés, comme le verset :

﴿فَأَمَّا ثَمُودُ فَأُهْلِكُوا بِالطَّاغِيَةِ ۝٥ وَأَمَّا عَادٌ فَأُهْلِكُوا بِرِيحٍ صَرْصَرٍ عَاتِيَةٍ ۝٦﴾

« *Les Thamoudites furent anéantis par un grondement*

implacable. Les 'Adites furent anéantis par un vent mugissant et impétueux. »

(Coran, S.69/V.5-6)

Ou la parole du Prophète (ﷺ) : « J'ai dû à la terreur que j'inspirais (à mes ennemis) la victoire sur un parcours d'un mois de marche ». En effet, abroger un récit revient à le considérer comme un mensonge, alors qu'il est impossible qu'un mensonge émane du Législateur.

Les textes de ces trois catégories ne peuvent donc être abrogés, tandis que les autres pouvaient l'être durant la promulgation de la charia, c'est-à-dire du vivant du Prophète (ﷺ), mais ne peuvent plus l'être depuis sa mort.

Quels textes peuvent en abroger d'autres ?

La règle de base est qu'un texte ne peut être abrogé que par un autre texte d'une force probante égale ou supérieure.

Par conséquent, les versets du Coran sont susceptibles de s'abroger mutuellement, ou d'être abrogés par des *ḥadîth* avérés (*moutawâtir*), car ce sont là des textes indiscutables d'une force probante égale.

Les *ḥadîth* autres que *moutawâtir* peuvent s'abroger mutuellement, car ils ont une force probante égale, et ils peuvent être abrogés par des versets du Coran ou des *ḥadîth moutawâtir* puisque ceux-ci ont une force probante supérieure.

Ainsi, le verset coranique évoquant l'observation par la veuve d'une période d'attente d'un an a été abrogé par l'autre verset coranique fixant le délai d'attente à quatre mois et dix jours.

La portée du verset coranique interdisant la consommation de toute chair de bête morte a été restreinte par la pratique avérée du Prophète (ﷺ), indiquant que la chair des poissons morts est licite, une pratique confirmée par la parole du Prophète (ﷺ) à propos de la mer : « Son eau est pure, et ses bêtes mortes sont licites. »

Le verset coranique exprimant l'obligation d'exécuter n'importe quel testament a été qualifié par la pratique du Prophète (ﷺ) empêchant l'exécution d'un testament concernant plus du tiers de l'héritage, une pratique confirmée par la parole du Prophète (ﷺ) rapportée par Mou'âdh : « Le tiers, et le tiers c'est beaucoup. »

Nous avons des exemples d'abrogation de la sunna par la sunna, avec l'interdiction de se rendre sur les tombes puis la permission de le faire, ou avec l'interdiction de conserver la viande du sacrifice puis la permission de le faire.

Cette règle implique également qu'un verset coranique ou un *ḥadîth* avéré ne peut être abrogé par un *ḥadîth* non avéré ni par le raisonnement analogique, car une indication ayant une force probante supérieure ne peut être abrogée par une indication de force probante moindre. C'est pour cette raison qu'aucune prescription du Coran ou de la sunna ne peut être abrogée après la mort du Prophète (ﷺ), puisque sa mort marque la fin de la Révélation et la fixation définitive des Textes de la Loi, et qu'aucun texte ne peut être abrogé par le raisonnement analogique ni par l'interprétation juridique.

Dans le droit positif, l'abrogation fonctionne selon la même règle : un texte de loi ne peut être abrogé que par un texte ayant une force probante égale ou supérieure. Ainsi, un article de la Constitution ne peut être abrogé que par un amendement constitutionnel ; une loi votée par le parlement peut être abrogée par une autre loi du parlement, puisqu'elle a la même force probante, ou par un texte constitutionnel dont la force est supérieure ; et un texte émanant d'une instance législative secondaire peut être abrogé par une loi du parlement ou par un texte constitutionnel.

Enfin, un jugement fondé sur le raisonnement analogique (*al-qiyâs*) ne peut en abroger un autre : en effet, lorsqu'un *moujtahid* déduit un jugement sur un cas par le raisonnement analogique, puis que lui-même ou un autre *moujtahid* déduit un jugement différent sur le même cas, ce nouveau jugement n'abroge pas le premier mais montre simplement que le raisonnement analogique précédent était faux. Le raisonnement analogique ne saurait non plus abroger une prescription de la charia basée sur un texte ou sur le consensus, car il ne possède pas la même force probante que ces deux sources. Donc, le raisonnement analogique ne peut ni abroger, ni être abrogé.

RÈGLE CINQ

LA CONTRADICTION ET LA PRIORITÉ

Lorsque deux textes paraissent se contredire, il faut s'efforcer de les concilier par l'analyse et l'*ijtihâd*, selon l'un des procédés reconnus comme justes. Si cela s'avère impossible, l'analyse et l'*ijtihâd* doivent s'efforcer de déterminer lequel des deux textes est prioritaire, selon l'un des procédés employés à cet effet. Si cela aussi s'avère impossible, et que l'on connaît la date de chacun des deux textes, on considère que le texte postérieur abroge le texte antérieur. Enfin, si l'on n'en connaît pas la date, on n'applique ni l'un ni l'autre des deux textes.

En cas de contradiction entre deux raisonnements analogiques ou entre deux indications autres que des textes, s'il n'est pas possible de déterminer lequel est prioritaire, on renonce à s'y référer.

La contradiction entre deux choses signifie que l'une s'oppose à l'autre. Dans la terminologie des *ouṣoûlî*, la contradiction (*at-ta'âroud*) entre deux indications juridiques signifie que ces deux indications impliquent chacune une prescription différente s'appliquant à un même cas en même temps.

Par exemple, les termes généraux du verset :

﴿وَٱلَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَٰجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾

« *Ceux d'entre vous qui meurent en laissant des épouses : elles doivent observer une période d'attente de quatre mois et dix jours.* »

(Coran, S.2/V.234)

Ils impliquent que toute veuve, enceinte ou pas, doit observer une période d'attente de quatre mois et dix jours. Les termes généraux du verset : ﴿ وَأُوْلَٰتُ ٱلْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾

« *La période d'attente des femmes enceintes prend fin avec l'accouchement.* »

(Coran, S.65/V.4)

Ils impliquent, quant à eux, que toute femme enceinte observant une période d'attente, qu'elle soit veuve ou divorcée, est libérée de cette obligation une fois qu'elle a accouché. Dans le cas d'une veuve enceinte, l'application du premier verset lui ferait observer un délai d'attente de quatre mois et dix jours, tandis que l'application du second fixerait la fin de la période d'attente à l'accouchement : les deux textes présentent donc une contradiction apparente en ce qui concerne ce cas.

On ne parle de contradiction entre deux indications juridiques que si elles sont de force probante égale. Si la force probante de l'une est supérieure à celle de l'autre, c'est la prescription dégagée de l'indication ayant la plus grande force probante que l'on applique, et on ne tient pas compte de la prescription différente qu'entraînerait l'application de l'indication plus faible. Par conséquent, on ne peut parler de contradiction entre un texte indiscutable et un texte conjectural, ni entre un texte d'une part et le consensus ou le raisonnement analogique d'autre part, ni encore entre le consensus et le raisonnement analogique. La contradiction peut survenir entre deux versets, ou entre deux *ḥadîth* avérés, ou entre un verset et un *ḥadîth* avéré, ou encore entre deux *ḥadîth* non avérés ou entre deux raisonnements analogiques.

Il faut souligner toutefois qu'il n'existe pas de contradiction véritable entre deux versets ou entre deux *ḥadîth* authentiques, ou encore entre un verset et un *ḥadîth* authentique. Si deux textes de ce genre semblent présenter une contradiction, la contradiction ne peut être qu'apparente et non véritable, car le Législateur, dans Son infinie sagesse, ne saurait nous donner une indication entraînant l'application d'une prescription à un cas, et nous en donner une autre entraînant l'application d'une prescription différente au même cas en même temps.

Lorsque deux textes semblent se contredire, il faut avoir recours à l'*ijtihâd* pour les interpréter au-delà de leur signification littérale et accéder à leur sens véritable, car on ne peut attribuer au Sage Législateur des ordres contradictoires. S'il est possible d'éliminer cette contradiction apparente en conciliant les deux textes, il faut les concilier et les appliquer tous les deux, et cela montre qu'ils n'étaient pas réellement contradictoires.

﴿كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِن تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ﴾

Exemple 1. Le verset de la sourate *al-Baqara*, « La vache » :

﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ﴾

« Voici ce qui vous est prescrit : quand la mort est proche de l'un de vous et s'il laisse des biens, il doit faire un testament en faveur de ses père et mère et de ses proches, conformément à l'usage. »

(Coran, S.2/V.180)

Ce verset est en contradiction apparente avec le verset de l'héritage, dans la sourate *an-Nisâ'*, « Les femmes » :

> « *Voici ce que Dieu vous ordonne au sujet de vos enfants : donnez au fils une part égale à celle de deux filles...* »
>
> (Coran, S.4/V.11)

Le premier verset indique que celui qui possède des biens doit, avant de mourir, les partager équitablement par testament entre ses parents et ses proches. Le second verset attribue à chaque ascendant, descendant ou proche parent du défunt une part d'héritage, fixée par la volonté de Dieu et non par celle du défunt. Il y a donc contradiction entre ces deux textes au niveau de leur signification littérale ; on peut toutefois les concilier en considérant que le verset de la sourate *al-Baqara*, « La vache » concerne le devoir de faire un testament en faveur des parents ou des proches qui ne pourraient hériter du défunt en raison d'un obstacle légal, par exemple le fait d'avoir une religion différente.

Exemple 2. Le verset :

> « *Ceux d'entre vous qui meurent en laissant des épouses : elles doivent observer une période d'attente de*

quatre mois et dix jours. »

(Coran, S.2/V.234)

Il est en contradiction apparente avec le verset :

« *La période d'attente des femmes enceintes prend fin avec l'accouchement*.. »

(Coran, S.65/V.4)

On peut toutefois les concilier en considérant que la veuve enceinte doit observer le plus long des deux délais : si elle accouche moins de quatre mois et dix jours après le décès de son mari, elle doit attendre que les quatre mois et dix jours soient écoulés, et si elle n'a pas encore accouché quatre mois et dix jours après le décès de son mari, elle doit attendre l'accouchement.

Un des procédés permettant de concilier les textes consiste à interpréter l'un des textes, c'est-à-dire à y lire une autre signification que sa signification littérale. Un autre procédé consiste à considérer que l'un des textes restreint la portée générale de l'autre, ou que l'un qualifie les termes indéfinis de l'autre : on applique alors la restriction aux cas qu'elle concerne et la prescription générale aux autres cas, ou bien on applique la prescription qualifiée aux cas qu'elle concerne et la prescription indéfinie aux autres cas.

S'il n'est pas possible de concilier deux textes contradictoires, on cherche à déterminer lequel prévaut sur l'autre, selon les procédés permettant d'établir cette priorité. Si l'analyse permet d'établir qu'un texte prévaut sur l'autre, on applique le texte prioritaire et la contradiction est éclaircie en montrant que les deux textes ne sont pas de force probante égale. La priorité peut aussi venir du degré de clarté du texte : la signification explicite ou lexicale (*al-'ibâra*) est prioritaire sur la signification implicite ou sémantique (*al-ichâra*), et la signification expliquée (*al-moufassar*) est prioritaire sur la signification littérale (*adh-dhâhir*) ou sur la signification textuelle (*an-nas*). Nous avons cité plus haut de nombreux exemples illustrant cette manière de déterminer quel texte prévaut sur un autre. S'il n'est possible ni de concilier les deux textes, ni de déterminer lequel est

prioritaire, on examine la date à laquelle ils ont été promulgués : si l'on sait que l'un est antérieur à l'autre, le texte postérieur abroge le texte antérieur. Ce sont les causes de la révélation des versets ou les incidents ayant motivé les *ḥadîth* qui permettent de déterminer leur date. Dans tous les exemples cités plus haut d'abrogation de certains versets par d'autres, il a été établi que le verset abrogeant est postérieur au verset abrogé. Enfin, à supposer que l'on ne connaisse pas non plus la date des textes contradictoires, on ne tiendrait pas compte des indications qu'ils apportent et on chercherait d'autres indications permettant de statuer sur le cas faisant l'objet de textes contradictoires, comme s'il s'agissait d'un cas non mentionné par les Textes : cette dernière situation est toutefois purement hypothétique, et ne s'est pas présentée en réalité.

Si deux indications juridiques autres que des textes, par exemple deux raisonnements analogiques, sont en contradiction, la contradiction peut cette fois être réelle puisque l'un des deux raisonnements analogiques peut être faux. S'il est possible d'établir qu'un des deux raisonnements analogiques prévaut sur l'autre, on applique celui qui est prioritaire. Cette priorité peut être établie, par exemple, si l'un des deux raisonnements analogiques se fonde sur une raison d'être mentionnée dans un texte tandis que l'autre se fonde sur une raison d'être déduite, ou bien si l'un se fonde sur une raison d'être déduite du sens implicite du texte et l'autre sur une raison d'être déduite selon les règles de l'adéquation (par comparaison avec d'autres raisons d'être).

Les *ouṣoûlî* ont un rôle important à jouer dans la conciliation des textes ou des raisonnements analogiques contradictoires et dans la détermination de la priorité des uns sur les autres. Ils ont établi des procédés objectifs permettant de déterminer cette priorité, se fixant des règles générales comme : en cas de contradiction entre l'interdiction et la permission, c'est l'interdiction qui prévaut ; ou encore : en cas de contradiction entre un argument invalidant un acte et un argument le validant, c'est l'invalidation qui prévaut.

Que Dieu aide ceux qui recherchent la Vérité, et guide qui Il veut dans Sa Voie Droite.

GLOSSAIRE TERMINOLOGIQUE

'adad	عَدَد	quantité, nombre
'adîm al-ahliyya	عَدِيم الأَهلِيَة	en état d'incapacité
âḥâd	آحَاد	transmis par un nombre restreint de rapporteurs
ahliyya	أَهْلِيَة	capacité
ahliyya al-adâ'	أَهْلِيَة الأَداء	capacité d'exercice
ahliyya al-woujoûb	أَهْلِيَة الوُجُوب	capacité de jouissance
al-a'imma al-moujtahidoûn	الأَئِمة المجْتَهِدُون	les imams pionniers de l'*ijtihâd*
'âm	عام	général
anṣâr	أَنصار	Auxiliaires
'arâyâ	عرايا	troc des dattes en stock contre des dattes non récoltées
arḍ 'ouchriyya	أَرْض عُشْرِيَّة	terre à dîme
arḍ kharâjiyya	أَرْض خَرَاجِيَّة	terre conquise
asbâb an-nouzoûl	أَسْبَاب النُّزُول	causes de la révélation des versets
aṣl	أَصْل	cas principal
âya	آية	signe ou verset
'azîma	عَزِيمَة	loi stricte
bâṭil	بَاطِل	nul, invalide
bay' 'iqd as-salam	بَيْع عَقْد السَّلَام	contrat de vente à terme
ach-châri'	الشَّارِع	le Législateur
char' man qablinâ	شَرع مَن قَبْلنَا	les lois des communautés monothéistes qui ont précédé l'Islam
charṭ	شَرْط	condition
charṭ char'î	شَرْط شَرْعِي	condition légale
charṭ ja'lî	شَرْط جَعْلِي	condition improvisée
ḍa'îf	ضَعِيف	faible
dalâla	دَلالة	niveau symbolique ou parabolique de signification
dalîl	دَلِيل	indication
dalîl jouz'î	دَلِيل جُزْئِي	indication spécifique
dalîl koullî	دَلِيل كلي	indication globale
ḍaroûrî	ضَرُورِي	indispensable
ḍhâhir	ظَاهِر	signification littérale
ḍhannî	ظَنِّي	conjectural (d'origine incertaine ou susceptible de plus d'une interprétation)
dhimma	ذِمة	conscience morale
faqîh (pl. *fouqahâ*)	فقيه ج فُقَهَاء	juriste musulman

far'	فَرْع	cas subsidiaire
farḍ	فَرْض	obligation
fiqh	فِقه	Droit musulman
ghâfil	غَافِل	irréfléchi
ghâya	غَايَة	terme, limite
ghayr ṣaḥîḥ	غَيْر صَحِيح	non valide
ghayr wâḍiḥ ad-dalâla	غَيْر وَاضِح الدَّلالَة	à signification latente
ḥadd (pl. *ḥoudoûd*)	حَدّ ج حُدُود	châtiment
ḥadîth	حَدِيث	parole du Prophète (ﷺ) ou récit le concernant
ḥâdîth qoudousî	حَدِيث قُدُسِي	paroles rapportées de Dieu par le Prophète (ﷺ) et formulées par ce dernier
ḥâjiya	حَاجِيَة	nécessaire
al-ḥâkim	الحَاكِم	le Législateur
ḥasan	حَسَن	bon
ḥikma	حِكْمَة	but ou bien-fondé (d'une prescription)
ḥoukm (pl. *aḥkâm*)	حُكْم ج أَحْكَام	prescription ou jugement
ḥoukm char'î	حُكْم شَرْعِي	prescription divine
ḥoukm taklîfî	حُكْم تَكْلِيفِي	loi-injonction
ḥoukm waḍ'î	حُكْم وَضْعِي	loi déclaratoire
'ibâdât	عِبَادَات	culte
'ibâra	عِبَارَة	niveau lexical ou explicite de signification
ichâra	إِشَارَة	niveau sémantique ou implicite de signification
i'jâz	إِعْجَاز	inimitabilité
ijmâ'	إِجْمَاع	consensus des juristes
ijmâ' soukôutî	إِجْمَاع سُكُوتِي	consensus implicite
ijmâ' ṣarîḥ	إِجْمَاع صَرِيح	consensus explicite
ijtihâd	إِجْتِهَاد	interprétation juridique
'illa	عِلّة	raison d'être d'une prescription
iqtiḍâ'	إِقْتِضَاء	niveau contextuel de signification
istiḥsân	إِسْتِحْسَان	choix préférentiel
istiṣḥâb	إِسْتِصْحَاب	présomption de continuité
kaffâra	كَفَّارَة	acte expiatoire
kâmil	كَامِل	total
khabar al-wâḥid	خَبَر الوَاحِد	récit d'un seul
khafî	خَفِي	à signification indistincte
kharâj	خَرَاج	impôt foncier sur les terres conquises
khâṣṣ	خَاصّ	restrictif, spécifique
laqab	لَقَب	dénomination
ma'doûm	مَعْدُوم	inexistant
machhoûr	مَشْهُور	notoire
madhhab aṣ-ṣaḥâbî	مَذْهَب الصَّحَابِي	avis d'un Compagnon du Prophète (ﷺ)

maḥkoûm ʻalayhi	مَحْكُوم عَلَيْهِ	sujet de la prescription divine
maḥkoûm fîhi	مَحْكُوم فِيهِ	objet de la prescription divine
makroûh	مَكْرُوه	réprouvé, déconseillé
makroûh taḥrîman	مَكْرُوه تَحْرِيمًا	acte réprouvé-interdit
mandoûb	مَنْدُوب	recommandé
mâniʻ	مَانِع	empêchement
manṣoûṣ ʻalayhi	مَنْصُوص عَلَيْهِ	textuel, mentionné explicitement par un texte
maṣlaḥa moursala	مَصْلَحَة مُرْسَلَة	intérêt général indéterminé
matn	مَتْن	contenu d'un *ḥadîth*
mou'âmalât	مُعَامَلَات	transactions sociales et commerciales
moubâḥ	مُبَاح	licite
mouchkil	مُشْكِل	à signification complexe
mouchtarak	مُشْتَرَك	polysémique
moufassar	مُفَسَّر	à signification expliquée
mouhâjiroûn	مُهَاجِرُون	Émigrés
mouḥarram	مُحَرَّم	illicite
mouḥkam	مُحْكَم	à signification définitive
moujmal	مُجْمَل	à signification sommaire
moujtahid	مُجْتَهِد	celui qui pratique l'*ijtihâd* (interprétation juridique)
moukallaf	مُكَلَّف	personne majeure responsable en droit
mounâsib moulâ'im	مُنَاسِب مُلَائِم	circonstance adéquate conforme
mounâsib moulghî	مُنَاسِب مُلْغَى	circonstance adéquate invalidée
mounâsib moursal	مُنَاسِب مُرْسَل	circonstance adéquate libre
mounâsib mou'thar	مُنَاسِب مُؤَثِّر	circonstance adéquate désignée
mouqayyad	مُقَيَّد	défini, qualifié
moutachâbih	مُتَشَابِه	à signification ambiguë
moutakallimoûn	مُتَكَلِّمُون	théologiens rationalistes
moutawâtir	مُتَوَاتِر	avéré
mouthbitoû al-qiyâs	مُثْبِتُوا القِيَاس	les partisans du *qiyâs*
mouṭlaq	مُطْلَق	indéfini, non qualifié
nâfila	نَافِلَة	acte surérogatoire
nâqiṣ	نَاقِص	réduit
naṣ	نَص	texte ; signification textuelle
naskh	نَسْخ	abrogation
naskh jouz'î	نَسْخ جُزْئِي	abrogation partielle
noufât al-qiyâs	نُفَاة القِيَاس	les opposants au *qiyâs*
ʻoulamâ'	عُلَمَاء	spécialistes des sciences religieuses musulmanes (sg. *ʻâlim*)
ʻourf	عُرْف	usage
ouṣoûl al-fiqh	أُصُول الفِقْه	fondements du Droit musulman
ouṣoûlî	أُصُولِي	spécialiste de l'étude des fondements du Droit
qaṭʻî	قَطْعِي	indiscutable (d'origine certaine

		et susceptible d'une seule et unique interprétation)
qiṣâṣ	قِصَاص	actes criminels sanctionnés par le talion
qiyâs	قِيَاس	raisonnement analogique
rak'â	رَكْعَة	inclinaison
ribâ	رِبَا	usure
roukhṣa	رُخْصَة	loi concessionnelle
roukn	رُكْن	pilier ou élément essentiel de l'action
sabab	سَبَب	cause
safîh	سَفِيه	sot
ṣaḥîḥ	صَحِيح	authentique ; valide
sajda	سَجْدَة	prosternation
ṣalât	صَلَاة	prière
sanad	سَنَد	chaîne de rapporteurs d'un récit
ṣarîḥ	صَرِيح	explicite
sounna fi'liyya	سُنَّة فِعْلِيَّة	faits et gestes du Prophète (ﷺ)
sounna mou'akkada	سُنَّة مُؤَكَّدَة	pratique du Prophète (ﷺ) fortement recommandée
sounna qawliyya	سُنَّة قَوْلِيَّة	paroles du Prophète (ﷺ)
sounna taqrîriyya	سُنَّة تقريرِيَّة	actes et dires d'autrui agréés par le Prophète (ﷺ)
ta'âroud	تَعَارُض	contradiction
tâbi'oûn	تابِعُون	la génération qui fit suite à celle du Prophète (ﷺ) et des Compagnons
tafsîr	تَفْسِير	explication
taḥṣînî	تَحْسِيني	accessoire
takhṣîṣ	تَخْصِيص	restriction
takhyîr	تَخْيِير	choix
ṭalab	طَلَب	injonction
ṭalâq	طَلَاق	divorce
taqlîd	تَقْلِيد	imitation (d'une école)
ta'wîl	تَأْوِيل	interprétation
tayammoum	تَيَمُّم	ablutions sèches
waḍ'	وَضْع	loi déclaratoire
wâḍiḥ ad-dalâla	وَضِيح الدَّلَالَة	à signification manifeste
wâjib	وَاجِب	devoir
wâjib 'aynî	وَاجِب عَيْنِي	devoir individuel
wâjib kifâ'î	وَاجِب كِفَائِي	devoir collectif
walî	وَلِي	tuteur légal
waqf	وَقْف	fondation pieuse
waṣf	وَصْف	spécification
zakât al-fiṭr	زكاة الفِطْر	aumône de rupture du jeûne
zakât	زكاة	aumône légale
zinâ	زِنا	fornication

INDEX

abrogation 129, 178, 248, 340, 342, 347, 348, 351, 356
— explicite 342, 343
— implicite 342, 344, 345
— partielle 281, 282, 345, 347
— totale 345
accouchement 226, 243, 274, 352, 356
'adad 226
adilla 15, 20, 26
adultère 17, 214, 215, 218, 330, 331
aḥâdîth al-qoudousiya 34
al-ahliyya 199
a'jaza 35
al-ahkâm ach-char'îya 18, 55, 143
al-a'imma al-moujtahidoûn 20
amâra 28
'âmm 265, 271
Andalousie 74
anṣâr 49
'arâyâ 90

bâṭil 183, 282
bid'â 167 (note)

capacité d'exercice 199
— de jouissance 199, 200
chafi'ites 23, 109, 110, 122, 136, 275, 294
char' man qablanâ 32, 135
charṭ 172, 174, 175, 225
code civil 208, 214-216, 235, 236, 247, 286
— commercial 208
— napoléonien 208
— pénal 79, 208, 214, 216, 218, 247, 345
contrainte 75, 95, 98, 177, 179-181, 193, 194, 219, 318, 319, 321

dalâla 209, 215, 220
dalîl 19, 29, 72, 170, 242
— *ad-dalîl al-koullî* 17
— *ad-dalîl al-jouz'î* 17
ḍaroûrî 207
ḍhâhir 238, 357
dhanniya 29 (note)
dhimma 199
droit civil 47, 48, 78, 156, 337
— constitutionnel 47, 48
— de la défense 47, 48
— des affaires et des finances 47, 228
— international 47
— pénal 47, 48, 245, 330, 337
— positif 25, 77, 129, 156, 190, 207, 208, 214, 215, 228, 229, 235, 247, 255, 259, 261, 265, 267, 270, 284, 285, 286, 289, 331, 335, 343, 349, 351

Égypte 21, 95, 128, 133, 208, 323
esclave 16, 17, 123, 162, 163, 173, 201, 220, 222, 224, 235, 257, 274, 295-297, 328, 330
exégèse 34

faqîh 15, 17, 18, 123
farḍ 170, 171
fay' 213
fiqh 14, 15, 18-21, 46
— *al-fiqh al-mouqâran* 18
fornication 50, 120, 151, 153, 166, 170, 171, 311, 316, 329
fouqahâ' (sg. *faqîh*) 20, 114, 117, 150, 151

ghâfil 203
ghâya 225
ghayr ṣaḥîḥ (non valide) 172
ghayr wâḍiḥ ad-dalâla 238

ḥadîth conjecturaux 52, 62, 63
— *ḍa'îf* 337
— *ḥasan* 337
— indiscutables 52, 62, 63
— *machhoûr* 337
— *moutawâtir* 170, 285, 337, 350
— *ṣaḥîḥ* 337
al-ḥâkim (le Législateur) 143, 145
ḥâjiya 307
hanafites 23, 63, 75, 109, 110, 114, 115, 121, 128, 133, 136, 170, 171, 179, 185, 198, 229, 231, 233, 234, 254, 256, 276, 292, 294
héritage 40, 48, 50, 73, 78, 90, 100, 105, 107, 121, 123, 128, 134, 140, 150, 156, 174, 200, 201, 228, 233, 234, 244, 269, 281, 286, 288, 293, 328, 336, 342, 344, 345, 350, 355, 356
Hijâz 21, 68
ḥikma 92, 93, 289
homicide 14, 59, 120, 136, 150, 155, 173, 176, 188, 201, 222, 295, 295, 297, 313, 319, 330
ḥoudoûd 90
ḥoukm 143, 149, 172
— *ḥoukm al-aṣl* 87
— *ḥoukm ach-char'î* 149-151
— *ḥoukm at-taklîfî* 151, 152, 154, 155, 157
— *ḥoukmal-waḍ'î* 151, 152, 154, 155, 172, 183

'ibâdât 46
'ibâra 209, 210, 357
ichâra 209, 212, 220, 357
'idda 208
i'jâz (inimitabilité) 35, 39
ijmâ' 14, 30, 67- 69, 71-75, 79, 88, 107, 121, 123, 127, 151
— *al-ijmâ' as-soukoûtî* 74
— *al-ijmâ' aṣ-ṣarîḥ* 74
ijtihâd 14, 19, 20, 22, 71, 75, 85, 140, 216, 223, 248, 255, 258, 260, 268, 277, 333-335, 337-339, 352, 355
'illa 79, 87, 89, 91-93, 95, 96, 170, 327
iqtiḍâ' 209, 218, 220
istiḥṣâb 18, 31, 71, 131-133, 335
istiḥsân 18, 31, 71, 113-118, 121, 335

jeûne 15, 46, 58, 59, 61, 84, 90, 93, 94, 96, 103, 105, 107, 110, 123, 135, 158-160, 162, 172, 173, 177, 178, 184, 185, 188, 189, 194, 200, 226, 258, 259, 292, 300, 310, 313, 315, 321, 326, 328
jihâd 249, 284, 311, 312, 315, 319, 322, 349

Ka'ba 117
kaffârât 90
kâmila 200, 201
khabar al-wâḥid 62
kharâj 104, 119, 121, 326
khâṣṣ 265, 291

La Mecque 64, 68, 73, 213, 275, 310
laqab 227
loi concessionnelle (*roukhṣa*) 172, 176
— injonction (voir *ḥoukm at-takîfî*)
— stricte (*al-'azîma*) 171, 176
loi déclarative (voir *ḥoukm al-waḍ'î*)

madhhab aṣ-ṣaḥâbî 32, 139, 165, 171, 188
ma'doûma 201
al-mouḥarram 157
al-maḥkoûm 'alayhi 143, 187

al-mahkoûm fîhi 143, 197
makroûh 157, 167, 171, 188
malikites 109, 122, 136, 294
mandoûb 157, 163, 171, 188
mâni' 172, 176
mansoûs 'alaykâ 105
mariage 17, 95, 97, 98, 120, 127, 128, 133, 134, 155, 156, 158, 167, 169, 171, 173-176, 184, 185, 212, 219, 224, 232, 233, 250, 267, 283, 285, 288, 289, 295, 301, 311, 313, 317, 322, 336-338, 348
masâdir tachri'iya 29
maslaha al-moursala 31, 71, 104, 119-121, 124
matn 61 (note)
mayta 51
menstrues 50, 51, 82, 100, 103, 106, 111, 121, 233, 256, 257, 266, 268, 270, 285, 298
mou'âmalât 48
moubâh 157, 169, 171, 182
mouchkil 255
mouchtarak 265
al-moufassar 247, 257
mouhâjiroûn 49, 213
mouhkam 249
moukallaf 143, 147, 158, 160, 173-175, 178, 183, 184, 197, 325
moujmal 258
mounâsib al-moursal 104, 120, 124
— *al-moulâ'im* 101, 120, 123
— *al-moulghâ* 104, 124
— *al-mou'thar* 100, 120, 123
mouqayyad 292
moushaf 32, 49
moutachâbih 251
moutakallimoûn 23
moutazilites 147, 148
moutlaq 292

nâfila 162
nâqisa 200, 201
nas 240, 341, 357
naskh 341
— *naskh jouz'î* 281
noufât al-qiyâs 79
nouthbitoû al-qiyâs 79

'oulamâ' 13, 14, 60, 71, 72, 75, 75, 79, 89, 92, 121, 122, 124, 128, 136, 137, 140, 143, 146, 148, 149, 170, 180, 185, 190
'ourf 32, 71, 127
ousoûl al-fiqh 14, 15, 18, 19, 21-25, 46, 117, 207

pèlerinage 15, 46, 54, 58-61, 83, 152, 154, 155, 158-160, 184, 189, 194, 199, 200, 247, 248, 258, 259, 278, 284, 310, 326, 328
polygamie 211, 212, 250

qat'iya 29 (note)
qibla 313, 320, 322
qisâs 173
qiyâs 14, 18, 30, 71, 77, 79, 82-87, 89, 95, 105, 107, 113-115, 117, 118, 121, 151, 170, 216, 223, 335, 337, 351
— *qiyâs jalî* 218
qourou' 50, 51

relations sexuelles 166, 233
ribâ (usure) 88, 90, 247, 258, 260
roukn 175
roukoû' 175

sabab 95, 96, 171- 173, 175, 184
safîh 203
sahîh (le valide) 172,183
sajda 175
salât 208, 247, 258, 260, 267
sanad 61 (note)
sunna *âhâd* 61, 62, 63
— *fi'liyya* 54, 60, 190
— *machhoûra* 62, 63, 171
— *moutawâtira* 61-63, 171, 285, 334
— *qawliyya* 53, 60, 190
— *taqrîriyya* 54
statut personnel 13, 47, 133, 214, 215
Syrie 73

ta'âroud 353
tâbi'oûn 20

Taboûk 57
taḥsînî 307
takhyîr 149
takhṣîṣ 280, 281
ṭalab 149
ṭalâq 208, 267
taqlîd 14
tayammoum 54, 83, 159, 194, 295, 297, 313, 321
transmission 20, 34, 48, 55, 62, 63, 334, 336

versets conjecturaux 33, 48, 50
— indiscutables 36, 54, 91, 93-95, 102, 103, 174, 177, 180, 188, 194, 195, 230, 231, 232, 234, 313, 321
vol 15, 17, 98, 120, 154, 215, 245, 288, 311, 329
voyage

waḍ' 149
wâḍiḥ ad-dalâla 237, 238
wâjib 157, 158, 170, 171, 187
— *al-wâjib al-'ayn* 160
— *al-wâjib al-kifâ'î* 160
walî 198
waqf 114, 116, 129, 200, 228
waṣf 224

Yémen 31, 54, 73

zakât 54, 58, 60, 84, 89, 90, 121, 158, 160, 173, 176, 178, 184, 191, 198, 208, 225, 228, 244, 245, 247, 248, 258, 260, 292, 310, 326-328, 334

TABLE DES MATIÈRES

PRÉFACE DE ABDEL-MAGID TURKI 5

PRÉFACE DE MOḤAMMAD ABOÛ ZAHRA 7

PRÉFACE DE L'AUTEUR 9

INTRODUCTION 13

— Première partie —
***al-adilla ach-char'iya* : les sources du droit**

LA PREMIÈRE SOURCE - le Coran 33

LA DEUXIÈME SOURCE - la sunna 53

LA TROISIÈME SOURCE - *al-ijmâ'* : le consensus 67

LA QUATRIÈME SOURCE - *al-qiyâs* : le raisonnement analogique... 77

LA CINQUIÈME SOURCE - *al-istiḥsân* : le choix préférentiel 113

LA SIXIÈME SOURCE - *al-maṣlaḥa al-moursala* : l'intérêt général indéterminé 119

LA SEPTIÈME SOURCE - *al-'ourf* : l'usage 127

LA HUITIÈME SOURCE - *al-istiṣḥâb* : La présomption de continuité 131

LA NEUVIÈME SOURCE - *char' man qablanâ* : les lois des peuples monothéistes 135

LA DIXIÈME SOURCE - *madhhab as-sahâbî* : l'opinion du Compagnon 139

— Deuxième partie —
***al-ahkâm ach-char'iya* : les prescriptions divines**

CHAPITRE 1 - *al-hâkim :* le Législateur 145
CHAPITRE 2 - *al-houkm* : la prescription divine 149
CHAPITRE 3 - *al-mahkoûm fîhi* : l'objet de la prescription 187
CHAPITRE 4 - *al-mahkoûm 'alayhi* : le sujet de la prescription 197

— Troisième partie —
les règles linguistiques

INTRODUCTION 207
RÈGLE UN : les niveaux de signification du texte 209
RÈGLE DEUX : le cas contraire 223
RÈGLE TROIS : la signification manifeste et ses divers degrés 237
RÈGLE QUATRE : la signification latente et ses divers degrés 253
RÈGLE CINQ : les termes polysémiques et leur signification 265
RÈGLE SIX : les termes généraux et leur signification 271
RÈGLE SEPT : les termes restrictifs et leur signification 291

— Quatrième partie —
Les règles juridiques

RÈGLE UN : la finalité générale de la législation 307
RÈGLE DEUX : les droits de Dieu et les droits des hommes 325
RÈGLE TROIS : les cas où l'*ijtihâd* est permis 333
RÈGLE QUATRE : l'abrogation des prescriptions 341
RÈGLE CINQ : la contradiction et la priorité 353

GLOSSAIRE TERMINOLOGIQUE 359
INDEX TERMINOLOGIQUE 363
TABLE DES MATIÈRES 367

Achevé d'imprimer sur les presses de *Grafo*, Espagne.
Pour le compte des Editions Al Qalam.
Dépôt légal: mai 2008

Dans une communication au Vème Congrès International d'Etudes Arabes et Islamiques, à Bruxelles en 1970, Robert Brunschvig, islamologue universellement reconnu, décédé en 1990, soulignait l'intérêt, trop souvent méconnu, de cette branche de la théorie juridico-religieuse qui se nomme *ouṣoûl al-fiqh*. Il faisait remarquer que les historiens modernes du Droit musulman étaient bien loin d'avoir reconnu la place et le rôle qui lui reviennent dans la réalité. Un quart de siècle après, la situation n'a pas fondamentalement évolué. Les spécialitstes qui se sont souciés de lui trouver une sœur jumelle dans d'autres cultures, en sont restés au stade de l'étude comparatiste qui leur fait pressentir une certaine ressemblance entre tel ou tel de ses éléments avec tel ou tel correspondant du droit byzantin ou hébraïque.

Ce livre offre le seul exposé détaillé en français sur les fondements du Droit musulman (*ouṣoûl al-fiqh*). Souvent considéré comme la plus sophistiquée et compliquée des disciplines islamiques traditionnelles, le Droit musulman traite du comment les rituels et les lois religieuses dérivent du Coran et de la sunna — précédent du Prophète. La Révélation, qui fut apportée à l'homme pour restaurer une unité internationale et l'aider à atteindre une conduite sincère et juste dans la société tout comme dans son for intérieur, doit être interprétée afin de l'adapter à toute culture, sans trahir son esprit et ses dispositions immuables. Pour y arriver, des sources complémentaires ayant autorité légale sont reconnues, comme le consensus (*ijmâ'*), le raisonnement analogique (*qiyâs*), l'intérêt général (*maṣlaḥa*) et l'usage (*'ourf*).

Ce livre aborde les tendances modernes en théorie du Droit musulman, y compris celles en relation avec le concept important d'*ijtihâd*, mécanisme par lequel les juristes peuvent aboutir à de nouvelles règles, ou déterminer que d'anciennes nécessitent des ajustements. Il est important que les principes et la nature de cette riche et variée tradition juridique soit correctement comprise, à la fois par les législateurs et les observateurs extérieurs.

Ecrit comme un livre universitaire, ce livre évite l'usage d'expressions techniques inutiles et s'efforce d'utiliser les termes juridiques occidentaux dans la mesure des possibilités, tout en restant proche des sources arabes. Se distinguant par sa clarté et d'une lecture facile, il est une référence essentielle non seulement pour des étudiants en Droit musulman, mais aussi pour toute personne qui porte un intérêt à la civilisation musulmane ou s'intéresse au droit comparé.

'Abd al-Wahhâb Khallâf (1888-1956) fut juge auprès des tribunaux d'Egypte en 1920, puis directeur des mosquées au ministère des fondations religieuses en 1924 et inspecteur des tribunaux en 1931. Il fut nommé professeur à la faculté de droit de l'université du Caire en 1934 et le resta jusqu'à sa retraite. Il est l'auteur d'abondantes publications.

ISBN 978- 2-909469-20-1

9 782909 469201

Prix : 22 €